

Crim.

220

be

Begünstigung.

Strafrechtliche Studie

von

Ernst Rethwisch,

Dr. d. Rechte und d. Philosophie.

BERLIN.

Theobald Grieben.

Crim.

220 be

Rethwisch

Begünstigung.

Strafrechtliche Studie

von

Ernst Rethwisch,

Dr. d. Rechte und d. Philosophie.

BERLIN.

Theobald Grieben.

A

Druck von J. Hörning in Heidelberg.



Historische Entwicklung.

I. Das Römische Recht.

Begünstigung nennt man den Beistand, den jemand einem Verbrecher nach vollendetem Verbrechen zur Sicherung seiner Person oder der Vortheile aus dem Verbrechen leistet.

Die Römer kannten die Begünstigung nur der Sache nach; einen entsprechenden Namen hatten sie nicht. Die erste Erwähnung des Ausdrucks *fautor* resp. *fautrix*, der übrigens weiter reicht als unser Ausdruck Begünstiger, findet sich in einem Rescript von Theodosius und Valentinian an den Praetor Hormisda aus dem Januar des Jahres 449. Es heisst da, *lex 8 § 3 Cod. de rep. et jud. de mor. subl. V. 17, Vir quoque pari fine claudetur, nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam repudiare jugalem, nisi adulteram vel veneficam . . . aut latronum fautricem.* Bei nichtjuristischen Schriftstellern kommt der Name *fautor* schon früher vor; so spricht Cicero *ad Att. I. 16* von *fautores flagitii*, Horaz *Ep. I. 15* von *fautores nequitiae*.

Der Thatbestand der Begünstigung wurde bis in die Kaiserzeit hinein nicht als besonderes Verbrechen betrachtet; unter den *leges judiciorum publicorum* gab es kein *crimen receptatorum*. Es werden nur die *socii*, *conscii*, *ministri*, *satellites*, *participes* erwähnt; so *lex 14 Dig. de Sen. Sil. 29. 5.*, *lex 11 Cod. de test. 4. 20*, *lex 17. 3 Dig. de quaest. 48. 18*, *lex un. § 1 Cod. de rapt. virg. 9. 13*. Wo in der republikanischen Zeit eine Bestrafung der Begünstigung ein-

trat, da wurde sie als Theilnahme gestraft. In den meisten Fällen blieb sie aber straflos. Die beiden Fälle, die Rein, Criminalrecht der Römer S. 348, Geib, Strafrecht § 105, Geyer in Holtzendorffs Hdb. d. deutschen Strafrechts II. S. 419 anführen, sind die einzigen uns überlieferten, in denen die Republik eine Bestrafung der Begünstigung aussprach. Zunächst die *actio furti concepti* bei dem *furtum conceptum*, *furtum per lancem et licium*; sie stammt aus den Zwölftafeln, ist gegen den Hehler gestohlener Sachen gerichtet, und geht aufs Dreifache; dies Strafmaass wurde von den Praetoren aufrecht erhalten, während die Strafe des *fur manifestus* selber gemildert wurde. Gaius spricht darüber III. 186 ss. ed. Krueger et Studemund: *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti poena manifesti furti ex lege XII. tabularum capitalis erat sed postea improbata est asperitas poenae et quadrupli actio praetoris edicto constituta. Concepti poena ex lege XII. tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur.*

Der zweite Fall ist der des Sen. de Bacchanalibus, über die Bestrafung der Theilnehmer an den Bacchanalien, aus dem Jahre 568 u. Die Stelle lautet bei Liv. XXXIX. 17: *Edixerunt deinde, ne quis quid fugae causa vendidisse, neve emisse vellet; ne quis reciperet, celaret, ope ulla juvaret fugientes.*

Mit Recht erklärt Rein l. c. S. 348, „man sollte vermuthen, dass, nachdem der subjective Standpunkt im Römischen Recht zur Anerkennung gekommen war, welchem zufolge jeder böse Wille der wirklichen That gleich geachtet wurde, das Hehlen auch bei andern Verbrechen als bei *furtum* als Gehilfs- oder Begünstigungshandlung mit Strafe belegt worden sei“. Wesentlich die *lex Cornelia de sic. et venef.* war es, die diesen neuen Standpunkt herbeiführte; sie bestrafte denjenigen, *qui hominem occiderit, quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit, qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit*, alle mit der

gleichen Strafe der Verbannung und Vermögenseinziehung, lex 1, 2 Dig. ad leg. Corn. 48. 8.

Man sollte hiernach erwarten, dass auch die Receptoren, in allen Fällen, Strafe erhalten hätten. Aber bei dem Mangel an Nachrichten ist der Punkt nicht sicher zu stellen. Wenn Platner es trotzdem im Archiv des Criminalrechts, Neue Folge 1843 p. 173, Halle C. A. Schwetschke, unternommen hat, nachzuweisen, dass die receptores nach den leges judiciorum publicorum gar nicht bestraft worden seien, so ist dieser Versuch von vornherein verfehlt; zumal er als einzigen Beweisgrund anführt, es habe damals das accusatorische Verfahren gegolten, welches keine Veranlassung zum Einschreiten gegen die Hehler gegeben hätte, während das Aufsuchen der Hehler dem inquisitorischen Verfahren eigenthümlich sei. Diese Bemerkung ist nicht ganz richtig; der Unterschied ist der, dass beim accusatorischen Verfahren nur das Interesse der verletzten Privaten die Ermittlung der Hehler betrieb, während beim inquisitorischen Verfahren Privatinteresse und Pflicht der Behörden zusammenwirkten.

Rein erklärt weiter: „Doch dürfen wir annehmen, dass die Hehler dann bestraft wurden, wenn sie in die Kategorie wirklicher conscii fielen; so war z. B. der wissentliche Hehler eines Mörders, wenn er nicht durch ein Pietätsverhältniss entschuldigt wurde, gewiss ebenso strafbar als der Mörder selbst, vorausgesetzt, dass vorher eine Verabredung vorausgegangen war.“ Dass in letzterem Falle Strafe eintrat, ist nicht zu bezweifeln; ob dann aber das Hehlen selber, und nicht vielmehr nur die Zusage des Hehlens, als eine Form der Theilnahme am Verbrechen geahndet wurde, bleibt unentschieden.

In der Kaiserzeit wurde das Verbrechen der receptores ein selbständiges crimen extraordinarium; ein ausserordentliches, wie alle jene neu hinzugekommenen Verbrechensspecies, im Gegensatz zu den in den leges judiciorum publicorum vorgesehenen Verbrechen, die fortan ordentliche hiessen. War bis zum Ende der Zeit der quaestiones perpetuae die Straflosigkeit der Begünstigung Regel, so wurde jetzt die Be-

strafung Grundsatz; theils trat für Thäter und Begünstiger gleich strenge Strafe ein, theils für letzteren eine mildere.

Das crimen receptatorum liegt in zwei Hauptfällen vor; zunächst beim Aufnehmen des Verbrechers, um ihn der gesetzlichen Strafe zu entziehen; dann beim Aufbewahren des verbrecherischen Erwerbs. Voraussetzung ist Kenntniss vom Verbrechen, lex 3 § 3 Dig. de inc. 47. 9: Additum est dolo malo, quia non omnis, qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit; quidem, si ignarus recipit, aut quid si ad hoc recipit, ut custodiret, salvaque faceret ei, qui amiserat? Utique non debet teneri. Die Eine Hauptform der Begünstigung erhellt besonders aus lex 13 Dig. de off. praes. 1. 18: Sacrilegos, fures, latrones, plagiarios conquirere debet, et prout quisque deliquerit, in eum animadvertere, receptoresque eorum coërcere, sine quibus latro diutius latere non potest. Die andere erhellt aus lex 3 cit. § 3 Dig. de inc. 47. 9 und aus lex 9 Cod. ad leg. Jul. de vi 9. 12: Crimen non dissimile est rapere et ei, qui rapuerit, raptam rem scientem delictum servare.

Dass die Hehler in einem besonderen Process belangt werden mussten, ist nirgends bestimmt. Mittermaier bemerkt in Note 1 zu Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts § 53: „Es ist übrigens wohl zu glauben, dass die Römer oft entweder die Formel bei der lex oder bei der Anklage so ausdehnten, dass sie auch den umfasste, der gewisse sogenannte Begünstigungshandlungen bei bestimmten Verbrechen verübte, z. B. Diebstahl.“ Und Rein l. c. S. 349: „Uebrigens war es nicht nothwendig, dass die Hehler in einem besonderen Process verurtheilt werden mussten etc.“

Gab es auch eine Reihe von Fällen, in denen die Receptoren milder bestraft wurden als die Thäter, so war doch die Milde bisweilen nur Galgenmilde. So soll bei der Entführung der Aufnehmer wie der Entführer die Todesstrafe leiden, der Aufnehmer nur keine Confiscation lex un. § 3 Cod. de rapt. virg. 9. 13: Poenas autem, quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos, qui hos comitati fuerint, con-

stituimus. Ceteros autem omnes, qui conscii fuerint, vel qui eos susceperint . . . poenae tantummodo capitali subijcimus.

Der zweite Fall milderer Bestrafung der receptores ist der des crimen abigeatus; lex 3 § 3 Dig. de abig. 47. 14 heisst es: Receptores abigeorum, qua poena plecti debeant, epistola Divi Trajani ita cavetur, ut extra terram Italiam decem annis relegarentur, während für die abigei selber gilt: Abigei quum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent; puniuntur autem durissime non ubique, sed ubi frequentius est id genus maleficii etc. lex 1 l. c. Drittens erhält der Aufnehmer des desertor eine mildere Strafe, falls er der Herr des Grundstücks ist, lex 1 Cod. de des. 12. 46: Si quis forte desertorem agro tectoque susceperit . . . actor quidem vel procurator loci, qui hoc sciens prudensque commiserit, capitali supplicio subjugetur, dominus vero, si hujus rei conscius fuerit, praedii, in quo latuerit desertor, amissione puniatur.

In diesem Zusammenhang ist auch die gelegentliche Bemerkung bei Quinct. decl. 255 zu erwähnen, proximos esse eos transfugis, a quibus transfugae recipiantur.

Diesen Fällen milderer Bestrafung der receptores stehen zahlreiche Fälle gleicher Bestrafung gegenüber. Wie sehr die letztere im Bewusstsein der Kaiserzeit lag, geht besonders aus den Worten Marcians lex 1 Dig. de rec. 47. 16 hervor: Pessimum genus est receptatorum, sine quibus nemo latere diu potest. Et praecipitur, ut perinde puniantur, atque latrones. In pari causa habendi sunt, quia, quum apprehendere latrones possent, pecunia accepta vel subreceptorum parte, dimiserunt. Marcian hat hier wohl, nach dem Eingang zu schliessen, nicht nur die Hehler des Räubers und des Raubes im Sinne, sondern er erklärt, alle Receptoren verdienen eine gleich harte Strafe wie die Räuber. Auch Ulpian lex 3 § 3 Dig. de inc. 47. 9 sagt ausdrücklich: receptores non minus delinquant quam aggressores.

Aehnlich im Rescript der Kaiser Valentinian, Valens, Gratian an den Vikar Simplicius l. 1 Cod. de his qui 9. 39:

Eos qui secum alieni criminis reos occultando eum eamve sociarunt, par ipsos et reos poena exspectet.

Der Eine Fall gleicher Bestrafung von Thäter und Receptor ist der des Raubes. Paullus sent. rec. V 14 ed. Gneist sagt: receptores aggressorum itemque latronum eadem poena afficiuntur, qua ipsi latrones; sublatis enim susceptoribus grassantium cupido conquiescit.

Auch die bereits erwähnte lex 9 Cod. ad legem Jul. de vi. 9. 12 gehört hierher; crimen non dissimile est rapere et ei, qui rapuerit, raptam rem scientem delictum servare. Zwar ist hier die gleiche Bestrafung nicht klar ausgesprochen, aber die doppelte Negation lässt auf diesen Sinn schliessen.

Zweitens findet gleiche Bestrafung statt beim peculatus, lex un. Cod. de crim. pec. 9. 28: Judices, qui tempore administrationis publicas pecunias subtraxerunt, lege Julia peculatus obnoxii sunt . . .; his quoque nihilominus, qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt, vel qui subtractas ab his scientes susceperunt, eadem poena percellendis. Dieselbe Vorschrift, fast wörtlich, Inst. IV. 18. 9.

Drittens tritt beim Diebstahl gleiche Strafe ein. Inst. IV. 1. 4 heisst es: Manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt. Ebenso sagt Ulpian lex 48. 1 Dig. de furt. 47. 2: Qui furem novit, sive indicet eum, sive non indicet, fur non est, quum multum intersit, furem quis celet, an non indicet; qui novit furti non tenetur; qui celat, hoc ipso tenetur. In lex 14 Cod. de furt. 6. 2 wird nur gegen den eine actio furti poenalis gegeben, der a servo furtim ablata sciens susceperit.

Viertens beim Mord. In lex 3 § 12 Dig. de sen. Sil. 29. 5 heisst es: Si quis quem eorum servum servamve ex ea familia, qui ejus facinoris noxius erit, receperit vel celarit dolo malo sciens, in ea causa est, ac si lege, quae de sicariis lata est, facinoris noxius fuerit. Das eorum geht auf die Sklaven, die ihren Herrn oder ihre Herrin ermordet haben. Es ist also auch hier nur die Rede von Receptoren der Sklaven. Ob auch die Receptoren freier Personen, die einen Mord

verübt hatten, wie sicarii behandelt wurden, ist nirgends ersichtlich. Vielleicht erhielten sie nur dann diese Strafe, wenn sie einen Mörder aufnahmen, der in einem besondern Pietätsverhältniss zum Ermordeten gestanden hatte.

Die von Geib l. c. § 105 noch angeführte Stelle lex 3 Cod. de malef. 9. 8 spricht nicht von der Begünstigung. Es wird dort bestimmt, dass jeder, der einen Verbrecher irgend welcher Art antreffe, ihn sofort vor den Richter zu führen habe, aber nicht heimlich tödten dürfe, da er in diesem Fall einer gemina suspicio unterliege; entweder, könnte man glauben, habe er ihn getödtet, damit er keine etwaigen Mitschuldigen vor Gericht namhaft mache, oder, es sei ein Akt der Privatrache.

Bei den Fällen, in denen das Gesetz eine gleich schwere Strafe für Thäter und Receptor angedroht hatte, gab es einige Ausnahmen. Einmal wurde die Strafe des Receptor gemildert, wenn Frauen sich dieses Vergehens schuldig gemacht hatten, lex 39. 4 Dig. ad leg. Jul. adult. 48. 5 Mulierem ob latronum societatem exulare jussam, citra poenae metum in matrimonio posse retineri. Der Ausdruck societas ist so allgemein, dass er auch die Hehlerei umfasst; zudem wird die Thätigkeit einer Frau häufiger Begünstigung sein, als Mitwirkung zum Entstehen des Verbrechens, als Theilnahme am räuberischen Ueberfall.

Zweitens wird der Receptor milder gestraft, wenn er mit dem latro verwandt ist, lex 2 Dig. de rec. 47. 16; Eos apud quos affinis, vel cognatus latro conservatus est, neque absolvendos, neque severe admodum puniendos: non enim par est eorum delictum, et eorum, qui nihil ad se pertinentes latrones recipiunt. Nicht als crimen receptatorum gelten die Verheimlichung des servus fugitivus und die Thätigkeit der susceptores aleatorum. Die Erstere wird auf Grund einer besonderen lex, der lex Favia, geahndet, lex 6 § 2 Dig. de lege Fav. 48. 15, lex 9 Cod. eod. 9. 20. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, § 21. 3, meint, die Verbergung von servi fugitivi falle deshalb nicht unter das cr. rec., weil sie nach Analogie des Diebshehlens als Mitwirkung zum Ver-

brechen angesehen wurde. Dass sie als Mitwirkung betrachtet wurde, ist nirgends gesagt, entspricht auch nicht der Natur der Sache. Das Verbrechen ist vollendet, sobald der Sklave entflohen ist. Beistandshandlungen, die jetzt erfolgen, werden nur deshalb nicht als *crimen rec.* angesehen, weil man es vorzog, sie auszuschneiden und nach eigenen Grundsätzen zu bestrafen. Begrifflich gehören sie zur Sphäre des *crim. rec.*, praktische Erwägungen führten zur Absonderung. Vollends die Ansicht, dass sie nach Analogie des Diebshehlens als Mitwirkung betrachtet wurden, ist ganz irrig: das Diebshehlen ist *crimen receptatorum*, begrifflich und praktisch; letzteres setzt Vollendung des Verbrechens voraus.

Dass *susceptores aleatorum*, *lex 1 Dig. de al. 11. 5*, kein *crimen receptatorum* begehen, hat Platner im *Arch. 1843 p. 172* nachgewiesen.

An die Verschiedenheit der Vorschriften über die Bestrafung dessen, der den *latro* verbirgt, knüpft sich noch eine Controverse. *Paullus l. c.* sagt: *receptores aggressorum itemque latronum eadem poena afficiuntur; qua ipsi latrones.* Ebenso *Marcian lex 1 Dig. de rec. 47. 16 Praecipitur ut receptatores perinde puniantur atque latrones.* *Lex 1 Cod. de his, qui 9. 39* heisst es hingegen: *et latrones quisquis sciens suscepit . . . supplicio corporali aut dispendio facultatum pro qualitate personae et iudicis aestimatione plectetur.* Rein *l. c. S. 352* will den Widerspruch nach dem Vorgang von *Boehmer ad Carpz. qu. 134 obs. 3* dadurch lösen, dass er für die Stellen, die gleich strenge Bestrafung vorschreiben, eine „*societas criminis*“ annimmt, so zwar, dass der Hehler mit dem Räuber Gemeinschaft gemacht und eine Bezahlung für sein Verbergen angenommen hätte, während der milder bestrafte Hehler dem Verbrecher den Aufenthalt auf seinem Grundstück nur aus Mitleid gestattet habe, ohne Vortheil aus der Beherbergung zu ziehen. Rein polemisiert gegen *Birnbaum*, der im *Archiv 1842 p. 45—49* einen Unterschied zwischen *receptor* und *receptator* macht: jener sei der nicht gewerbsmässige Hehler, dieser der gewerbsmässige. Dieser Unterschied, meint Rein, lasse sich aus den Quellen nicht

nachweisen; er sei vielmehr nur ein historischer; die älteren Römer hätten, wie eine Vergleichung zwischen Cicero und Tacitus ergäbe, die einfachen Formen vorgezogen, die jüngeren sich lieber in Frequentativen bewegt. Gesetzt, diese Bemerkung ist an sich richtig, was durch den Digestentitel *De receptoribus*, der jedenfalls später geschrieben wurde als *Marcian's pessimum genus est receptatorum*, nicht bestätigt wird; so ist sie doch kein schlagender Einwand gegen Birnbaum: es wäre immerhin möglich, dass die Verfasser jener Stellen einen Unterschied im Sinne Birnbaums gemacht hätten. Birnbaums Uebersetzung von *receptores* und *receptatores* trifft aber ein anderer Einwand. Paullus hat an der Stelle, wo er von der gleich strengen Bestrafung der *latrones* und der Begünstiger spricht, *receptores*.

Wenn aber auch die Grundlage, die Birnbaum zu seiner Unterscheidung gewählt hat, hinfällig ist, so ist doch die Trennung selber von gewerbsmässigen und nicht gewerbsmässigen Hehlern zu billigen. Dass die gewerbsmässige Hehlerei strenger bestraft wurde, als die nicht gewerbsmässige, ist einleuchtend. *Lex 7 und 8 Cod. Theod. de des. 7. 18* spricht von der milderer Bestrafung des Herrn, *qui in fundo suo latrones se habere meminerit*. Dass hier eine gewerbsmässige Hehlerei nicht vorliegt, beweist der Ausdruck *meminerit*. Dass andererseits in den Worten Marcians die gewerbsmässige Begünstigung gemeint ist, geht zwar nicht aus dem Ausdruck *receptator*, wohl aber aus dem Ausdruck *genus* hervor. *Genus* kommt in den Digesten auch sonst im Sinne von unsauberer Berufsklasse vor; so *lex 3 § 1 Dig. nautae, caupones, 4. 9*, wo die *nautae, caupones, stabularii* verächtlich *hoc genus hominum* genannt werden.

Die *societas criminis*, die Rein und seine Gewährsmänner in den Fällen gleich strenger Bestrafung annehmen, ist nicht der Grund dafür, dass gleich strenge Strafe eintritt, sondern dafür, dass überhaupt Strafe eintritt. Fehlt die Absicht, das Handeln *dolo malo*, so findet keine Bestrafung statt. Ist aber die Absicht vorhanden, dem Verbrecher förderlich zu sein, so wird auch in gewissem Grade gemeinsame Sache mit ihm

gemacht. Die Fälle der Annahme von Geld werden sich bis auf wenige mit den Fällen gewerbsmässiger Hehlerei decken. Jedenfalls wird in allen Fällen gewerbsmässiger Hehlerei Geld angenommen werden. Soweit also Rein's Polemik gegen Birnbaum sich nur auf des letzteren sachliche Scheidung von gewerbsmässiger und nicht gewerbsmässiger Hehlerei bezieht, ist sie nach seinem eigenen Standpunkt nicht recht am Ort. Birnbaums Sonderung verdient aber deshalb den Vorzug, weil es nicht die Annahme von Geld ist, welche die Rechtsunsicherheit erhöht, sondern der Umstand, dass der Verbrecher weiss, bei wem er sich und seinen Raub verbergen kann.

Ein singulärer Fall wird in l. 40 Dig. de poenis 48. 19 erwähnt: Metrodorum, quum hostem fugientem sciens suscepit, in insulam deportari, Philocteten, quod occultarium non ignorans diu dissimulaverit, in insulam relegare placet. Rein bemerkt dazu, der verschiedene Grad der Strafe rühre wohl daher, dass Philoctet eine mehr passive Rolle gespielt habe. Das „mehr“ ist nicht verständlich. Philoctet hat gehört, dass der Flüchtling sich verborgen halte, und hat gethan, als wisse er nichts davon. Er wäre wohl gar nicht bestraft worden, wenn es sich nicht gerade um einen hostis gehandelt hätte.

II. Das Canonische Recht.

Das Canonische Recht hat einen besonderen Grundsatz für die Bestrafung der Theilnehmer im Verhältniss zum Thäter nicht aufgestellt; geschweige für die Bestrafung der Begünstiger. Da aber in der einzigen Stelle, die überhaupt von Bestrafung der Theilnehmer spricht, cap. 6 X de homic. 5. 12, wo von der Ermordung des heil. Thomas von Becket, Erzbischofs von Canterbury, die Rede ist, eis, qui, non ut ferirent, sed ut percussoribus opem ferrent, eine poena paulo minor auferlegt wird, so ist in Rücksicht auf die besondere Schwere des Falls anzunehmen, dass sonst eine beträchtlich geringere Strafe für die Gehilfen als für die Thäter angedroht war. Als Grund für die poena paulo minor wird frei-

lich sonderbarer Weise angeführt: *qui potuit hominem liberare a morte et non liberavit, cum occidit*. Ist dieser Grundsatz maassgebend, so müssten, sollte man meinen, diejenigen, die bei der Ermordung halfen, sich noch in viel höherem Grade des *occidere* schuldig machen, als die passiven Zuschauer, die in jenem Grundsatz, seinem Wortlaut nach, in erster Linie gemeint sind. Wie Geib die Sache darstellt, so scheint es, als meinte er, die Gehilfen wären nur in diesem Falle der Ermordung Becket's milder gestraft worden, sonst nicht. Er sagt: „Blos bei Gelegenheit eines höchst singulären Falles, erklärt das Canonische Recht, dass die hier thätig gewesenen Gehilfen, wenigstens hinsichtlich der canonischen Busse, milder gestraft werden sollten, als die eigentlichen Urheber.“ Die ganze Stelle im X. ist zu wenig lichtvoll, als dass die Maximen des Canonischen Rechts daraus abgeleitet werden könnten. Noch viel weniger lässt sich daraus eine sichere Folgerung für die Bestrafung der Begünstiger ziehen. Sollen die Worte *qui potuit etc.* streng genommen und als leitender Grundsatz betrachtet werden, so muss der Begünstiger wie der Mörder gestraft worden sein, denn er verdient diese Strafe ebensogut, wie der passive Zuschauer. In dem Zusammenhang aber, in dem die Worte stehen, gestatten sie keine strikte Interpretation; sonst dürfte den Gehilfen nicht eine *poena minor* diktirt werden, und sonst dürften diese Worte nicht als Beleg dafür angeführt werden, dass diejenigen, *qui occisoribus opem contra alios praestare venerunt*, ab *homicidii reatu* non immunes sind. Zwischen *occidere* und ab *homicidii reatu* immunem non esse ist ein erheblicher Unterschied.

III. Die Zeit der Volksrechte.

Um die strenge Bestrafung der Begünstigung im Germanischen Recht zu verstehen, muss man zunächst seinen vorwiegend objektiven Charakter bedenken. Es kam in erster Linie auf die konkrete Rechtsverletzung, in zweiter auf den verbrecherischen Willen an. Dieser objektive Charakter findet

sich nicht nur im ältesten Deutschen, sondern auch im ältesten Römischen Recht: in lege Aquilia et levissima culpa venit. In beiden wird das Augenmerk zunächst auf die sinnlich wahrnehmbare Handlung gerichtet, später erst auf den im Herzen verborgenen Willen. Wer ein vergleichendes Strafrecht schreiben wollte, würde hier eine interessante Parallele finden; er würde aber auch auf das Problem stossen, weshalb trotz dieses gemeinschaftlichen Charakters die Begünstigung im alten Römischen Recht in der Regel straflos blieb, im alten Deutschen Recht streng bestraft wurde. Der Grund ist wohl der, dass im Römischen Recht jene Verbrecher, die nicht auf frischer That ertappt wurden, eine viel mildere Strafe erhielten, als diese; von einer Bestrafung der Begünstigung wurde dann wegen der milden Strafe der Thäter gänzlich abgesehen. Beim Ergreifen in flagranti war Begünstigung nicht möglich. In dem Falle des furtum conceptum, wo ein Ergreifen in flagranti fingirt wurde, trat auf Grund dieser Fiktion Bestrafung der Begünstigung ein. Ausser dem objektiven Charakter kommt für die strenge Ahndung der Begünstigung im Germanischen Recht noch zweierlei in Betracht: der Mangel an polizeilichen Anstalten, und der Umstand, dass heimliche Vergehen überhaupt strenger bestraft wurden. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 635. Köstlin, System des Deutschen Strafrechts § 81. Geib l. c. § 105. So lag der Unterschied von Todtschlag und Mord nicht wie bei uns im Subjekt, im Gegensatz von Affekt und Ueberlegung, sondern in den näheren Umständen der Tödtung, in dem Gegensatz von Offenheit, und somit gewissermassen Ehrlichkeit, und Heimlichkeit und somit Unehrlichkeit. Dieser Umstand ist recht eigentlich der Schlüssel zum Verständniss der strengen Strafe für die Begünstigung. Zahlreiche Stellen bieten für ihn die Belege. So lex Rip. VII ss. ed. Laspeyres, synoptisch mit lex Sal., Si quis ingenuus ingenuum Ripuarium interfecerit, et eum cum ramo cooperuerit vel in puteo seu in quocumque libet loco celare voluerit, quod dicitur mordridus, sexcentis solidis culpabilis judicetur, aut cum septuaginta duobus juret. Ferner lex Baj. ed. Merkel XVIII 2. 1:

Si quis liberum occiderit furtivo modo, et in flumen ejecerit, vel in talem locum, ut cadaver reddere non quiverit, quod Bajuvarii *murdridam* dicunt, imprimis cum quadraginta solidis componat: postea vero cum suo *weregildo* componat. Lex Fris. ed. Richthofen I. XX. 2: Si quis hominem occiderit et absconderit, quod *mordritum* vocant, novem *weregildos* componat. Auch die nordgermanischen Rechtsquellen enthalten Belege. Gragas II. p. 87, *Hin förna lögbók islendinga* sem nefnist Gragas, Codex juris Islandorum antiquissimus, qui nominatur Gragas. Hafniae 1829: Caedes clandestina habeatur, si occisor majori pagi incolarum parti caedis notitiam subduxerit, vel corpus mortuum occultaverit, ne inveniatur, vel non confessus fuerit.

Wurde somit die Heimlichkeit der Rechtsverletzung als Strafmehrungsgrund betrachtet, so leuchtet ein, dass eine Handlung, die nicht nur selber heimlich geschah, sondern ihrer innersten Natur nach auf Verheimlichung gerichtet war, schwer geahndet wurde. Dazu kommt noch, dass es in manchen Germanischen Rechten jedermann zur Pflicht gemacht war, sobald er ein Nothgeschrei vernahm, herbeizueilen, oder den fliehenden Thäter zu verfolgen. So in König Hakons (934—61) *Gulathingslög*, nach der Dänischen Uebersetzung von Paus I. 145 übersetzt von Wilda l. c. S. 140: „Das ist nun ferner: wenn Einer in einer Versammlung erschlagen wird, so ist es gut, wenn der Thäter angehalten wird; sucht er aber in den Wald zu entkommen, so sollen alle ihn verfolgen, und niemand sich dem widersetzen.“ Ferner König Knuts (1016—35) Gesetz I. 26 Wilda eod. „Und wenn jemand Geschrei hört, womit ein Dieb verfolgt wird, und es versitzt, gelte er den Ungehorsam gegen den König, oder reinige sich vollständig.“

Wurde also schon die unterlassene Mitwirkung zum Ergreifen und Verfolgen des Verbrechers in Strafe genommen, wie viel mehr seine Begünstigung.

Das alte Isländische Recht bestimmte, dass bei manchen Verbrechen eine Ankündigung, *lysing*, an die Bewohner des Bezirks, in dem das Verbrechen verübt war, ergehen sollte,

des Inhalts, dass man sich fortan jeder Gemeinschaft mit dem Verbrecher zu enthalten habe, Gragas Vigsl. c. 16. II. p. 24: „Alle die Rechtsbrüche, welche hier aufgezählt sind, Todtschlag, Wunden, andre Körperverletzungen, gewaltsame Angriffe, müssen vor fünf Bewohnern der Stelle, wo die That vorfiel, gekündet werden und wenn die Sache garnicht oder nicht in rechter Weise gekündigt ist, so können die, welche die Verletzung zugefügt haben, bis zum ergangenen Urtheil beherbergt werden und haben Dingfrieden.“ Dagegen machen sich, Grag. Vigsl. c. 40 II. p. 80, „diejenigen des Beistands eines Todtschlägers schuldig, welchen bekannt geworden, dass der Todtschlag gekündigt worden ist, und welche den Mann ernähren, oder mit ihm zusammen sind, indem sie Lager und Tisch mit ihm theilen; wider das Recht ist es aber nicht, ihm einen Rath zu seiner Sicherheit zu ertheilen.“

König Athelstan's Gesetz VI. cap. 1 § 2 schreibt vor: Und wenn jemand einen Dieb heimlich behauset, und Mitwisser des Verbrechens und der Schuld ist, thue man ihm ebenso wie dem Diebe.

Sogar wer eine gestohlene Sache wissentlich annimmt oder kauft, wird nach Gragas II. p. 190 eodem ac fur ipse reatu behandelt.

In der lex Rip. 78 heisst es: Si quis furem in domo receperit, vel ei hospitium seu victum praestiterit, dum res alienas furatus fuerit, ipse similis furi culpabilis judicetur, aut cum sex juret, quod eum nec celasset nec in domo pavisset. Auch in Car. M. Cap. a. 806. c. 2, Pertz, Mon. III. § 146, heisst es: Quicumque post missam sancti Johannis baptista latroni mansionem dedit, si Francus, cum duodecim similibus suis juret, quod latronem eum fuisse nons ciret Si hoc jurare non potuerit, ... qualis latro et infidelis habeatur.

Wie in der Form der Beherbergung und der Aufnahme der Person oder ihres verbrecherischen Erwerbes, so tritt die Begünstigung auch als Erleichterung der Flucht auf. So im Edict. Rothar. vom Jahre 643, V. 271: Si portunarius furem hominem sciens transposuerit cum aliqua re furtiva,

collega furis sit, et cum eo ipso furtum componat, excepto quod sit culpabilis in Regis palatio sol. XX. Ibid. 273: Siportunarius hominem liberum sciens transposuerit fugacem et cognoverit, quod fugax est, animae incurrat periculum, aut componat widrigelt suum etc.

Ferner in König Ine's (688—717) Gesetz c. 36. „Wenn jemand einen Dieb fängt, oder man ihm einen gefangenen ausliefert, und er ihn dann weglässt, oder den Diebstahl verbirgt, gelte er ihn mit seinem Wergelde.“ König Ine's Gesetzgebung ist durch ihren grösseren Umfang und besonders durch den Umstand, dass Westsachsen später caput regni et legum wurde, von hervorragender Wichtigkeit. S. Brunner in Holtz. Enc. S. 231.

Aehnlich heisst es im Westgöotalag I. cap. 3 § 2: Ergreift ein Mann eines andern Mannes Dieb, und nicht den seinigen, lässt er ihn widerrechtlich los, so werde der Mann Theilnehmer am Diebstahl genannt.

Drittens kommt die Begünstigung auch als Versuch vor, den Verbrecher nach eigener Willkür zu bestrafen. Lex Rip. 73. § 1. Si quis ingenuus Ripuarius furem ligaverit, et eum absque iudicio principis solvere praesumpserit XL sol. culpabilis iudicetur. Ebenso Childeberti II et Chlotarii II R. pactum c. 3 § 7: Quodsi furtum vult celare, et occulte sine iudice compositionem acceperit, furi similis est. Aehnlich Chlotacharii II R. Decr. c. 5; cap. Ticinense a. 801 c. 7.

Viertens tritt sie als Befreiung des Verbrechers aus den Händen des Privaten auf, den er verletzt, oder des Beamten, der ihn festgenommen hatte. Lex Sal. em. 34. 3 Si quis hominem noxium ligatum per vim tulerit Grafioni, vitam suam redimat. Lex Rip. 73. 2. Si quis furem ligatum per vim tulerit LX sol. culpabilis iudicetur.

Aehnliche Bestimmungen finden sich im Rechtsbuch nach Distinct. ed. Ortloff IV. 9. dist. 1. 2; bei Rupr. v. Freising ed. L. v. Maurer II. 37; ferner cap. Aqu. p. 146, cap. Aquisgr. p. 188 u. s. w.

Die beiden Strafmilderungsgründe des Römischen Rechts haben nicht überall gegolten. Carol. M. Cap. a. 806 l. c. heisst

es: Quicunque latroni mansionem dedit, . . . juret, quod eum latronem fuisse non sciret, licet pater ejus sit, aut propinquus etc. Lex Sal. 58. 1: Quicunque ei aut panem, aut hospitale, sive uxor sua, sive proxima, dederit sol. XV culp. jud. Diese Vorschrift erscheint besonders hart, weil hier Verwandtschaft mit dem Umstand, dass eine Frau so verfährt, zusammentrifft.

Die angezogenen Stellen ergeben, dass die Begünstigung im allgemeinen mit gleicher Strafe wie die Hauptthat geahndet wurde, zumal bei Raub und Diebstahl. Hier macht allein lex Baj. VIII. 13. § 2 eine Ausnahme, indem sie bestimmt, dass, wer eine gestohlene Sache wissentlich gekauft, oder zur Aufbewahrung genommen hat, dem Fiscus nur Brüche von 12 Schill. zahlen muss, wenn er sie auf Aufforderung herausgibt; erst wenn er sie verleugnet, erhält er dieselbe Strafe wie der Dieb.

Eine durchgängig gleiche Bestrafung findet sich so wenig wie ein durchgehend anerkannter Grund der Strafe; bald scheint sie als Theilnahme gestraft zu werden, bald als eigenes Verbrechen, bald geradezu als dasjenige, dem sie galt. Jedenfalls ist aber der Grundsatz, der Gragas Vigsl. c. 115 erwähnt wird, ein weit verbreiteter: „In gleicher Schuld ist der, welcher das gestohlene Gut annimmt, oder wissentlich kauft, als der welcher stahl.“ Aehnlich Westgöotalag I. cp. 4: „Es sagt das Recht, dass drei Diebe sind; Einer, der die Sache stiehlt und fortnimmt; der Andere, dem sie der Dieb überantwortet; der Dritte, der sie in Empfang nimmt; diese sind alle drei in gleicher Schuld.“ Das Sprüchwort: „Das Hehlen ist so gut als das Stehlen“ leiht der herrschenden Vorstellung Ausdruck. Wilda l. c. S. 635—37. Köstlin l. c. S. 266. Geib l. c. § 105. Geyer l. c. S. 420.

Wilda führt dann noch drei weitere Fälle als Begünstigung an, die Befreiung Gefangener, die Aufnahme Friedloser, und die Abnahme eines Gehängten vom Galgen. Köstlin l. c. S. 266 Anm. 1 bemerkt, dass das Hineinziehen dieser Fälle ungehörig ist; womit er wohl sagen will, dass sie keine Begünstigung enthalten. Dieser Einwand wäre nur dann stich-

haltig, wenn sich im Germanischen Recht eine bestimmte Fassung der Begünstigung fände. Es findet sich aber wie im Römischen Recht, nicht einmal ein besonderer Name, geschweige eine Definition. Nach unsrer modernen Anschauung liegt in den drei Fällen allerdings keine Begünstigung vor; in einer systematischen Darstellung würden sie nicht zum Kapitel der Begünstigung zu ziehen sein, in einer historischen ist es dagegen berechtigt. Nichts hindert, anzunehmen, dass die Germanen die Befreiung eines Gefangenen, oder die Abnahme eines Gehängten vom Galgen, oder die Aufnahme Friedloser unter demselben Gesichtswinkel betrachtet haben, wie die Erleichterung der Flucht, oder die Verheimlichung des gestohlenen Gutes.

Wie in den Volksrechten, den Capitularien, und den Gesetzen der nordischen Könige, bildet auch in den Constitutionen der Kaiser die gleiche Bestrafung von Thäter und Begünstiger die Regel. So in Heinrich IV. *treuga* a. 1085, Pertz. Mon. IV. p. 57; *Si aliquis defensionem reo, arma, victum, vel fugam moliri praesumpserit, aequali poenae sicut reus subiacebit.* In Heinrich IV. *const.* a. 1103, Pertz l. c. p. 61, *Qui sciens corruptorem pacis paverit vel receperit vel tutatus fuerit, vel pro pecunia vel aliquo modo aufugere eum permiserit, eandem poenam, quam violator pacis subire debet.* In Friedrich I. *const.* a. 1158, Pertz l. c. p. 112, *Receptatoribus etiam malefactorum, qui praedictam pacem violaverint, et praedam ementibus nostram indignationem subituris, eadem poena feriendis.* Aehnlich in Heinrich VII. *Ges.* a. 1230 § 8, Pertz l. c. p. 267. Auch in Friedrich II. *const. pac.* a. 1235 § 14, *De emtoribus rei praedatae vel furtivae,* Pertz l. c. p. 317: *Interciditur nocendi materia, si fautoris occasio subtrahatur.* Unde etiam secundum jura civilia pari poena prosequimur et fures et eos, qui per participationem depositi vel emti sinum furantibus praebuerunt. Emminghaus, *Corp. jur. Germ.* S. 41 hat hier *interdicitur.* Geib mit Recht nach Pertz *interciditur.* „Die Möglichkeit zu schaden wird untersagt“ gibt keinen Sinn.

IV. Die Zeit der Stadtrechte.

Gleiche Bestrafung der Begünstiger und der Thäter ist auch jetzt noch Regel. Zahlreiche Stellen liefern dafür den Beweis. Vgl. Gaupp, Deutsche Stadtrechte des M. A. Bresl. 1851; Gengler, Deutsche Stadtrechte des M. A. Nürnberg. 1866; Geib l. c. § 105; Geyer l. c. S. 420. So Brünner Schöffenh. § 302: Ad extirpandum de bonorum medio fautores, receptores et conservatores maleficorum, qui cum eisdem pari puniendi sunt poena, pro sententia definitiva sententiatum est a consulis civitatis ab antiquo: quod apud quemcunque equus, vacca, porcus vestimenta vel aliae res in civitate amissae vel subtractae inventae fuerint, si talis mettersius probaverit, se in foro res huiusmodi emisse, vitam suam salvabit. Si autem in testimonio defecerit, suspendio peribit. Im Colmarer Stadtrecht § 1: Were aber jeman, der denselben, der den manslaht tüt, hülfe, daz er entrönne und hin komme, wirt er des mit dem kampf beret, so sol dasselbe gerichte über in gan, das über jenen gegangen sollte sin, der da schuldich ist. Im Ofener Stadtrecht Art. 272: Wer der ist, der posz lewt mit wissen hegt, ader herberigt, esz sey dip, rauber, morder, felscher, vorrether . . . so ist seyn recht yn aller weisz als seiner geste. In der Tir. Malef. Ordn. v. 1499 § 53: Und wer denselben Absager, ainen oder mer, behawst, furschubt, und den nicht offenbart wissentlicher sachen, der oder dieselben sollen gleich den Absagern gestraft werden, Aehnlich Regensb. Stadtr. S. 73; Salzwedler Stadtr. § 63; Prager Rechtsb. § 35; Freiburger Stadtrecht v. 1520 fol. 91; Eberst. Friedbr. Ordn. S. 466.

Auch im Sachsensp. II. 13. 6. Der dûbe hûtet oder roub, oder iemanne mit helfe darzû sterket, wirt her des verwunden, man sal uber in richten als uber jene. Schwabensp. Art. 174: Swer diebe oder morder hvset oder hovet, wird er dez uberwunden also recht ist, man sol vber in rihten also vber ienen. Ebenso Deutschensp. Art. 111. Vergl. Grimm, Rechtsalterth. S. 636.

Einer milderen Bestrafung der Begünstigung wurde erst durch die italienischen Praktiker Bahn gebrochen. Sie sahen

darin eine Art von Theilnahme, von zufälliger Gehilfschaft, und unterschieden zwischen nothwendigen Gehilfen, *delicto causam dantes*, und zufälligen, *delicto non causam dantes*. So Farinacius qu. 132, 133; Bossius tit. de hom. n. 34, 35; Bonifacius de Vitalinis Rub. de receptatoribus furum et aliorum maleficorum. Auch Angelus Aretinus v. Et Andrean n. 5, p. 58: Post vero maleficium praestando opem, ut puta ad evasionem homicidae, etiam tunc non dicitur proprie praestare opem maleficio, sed alio modo. Köstlin l. c. § 91 meint, die Italiener hätten wenigstens die receptatio furum et latronum als eigenthümliches Vergehen behandelt. Diese Annahme ist nicht zu erweisen. Eine besondere Bestimmung über die Receptoren der Diebe und Räuber haben sie nicht gegeben.

V. Die Carolina.

Die Bestrafung der Begünstigung in der C. ist seit Boehmer Med. ad art. 177 C. und Kress ad art. 177 C. controvers. Es kommen in Betracht Art. 177 und Art. 40. Der Erstere lautet: Item so jemand eynem missthätter zu übung eyner missthatt, wissentlicher und geuerlicher weiss einicherley hilff, beistandt, oder fürderung, wie das alles namen hat, thut, ist peinlich zu strafen, als aber vorsteht, in eynem fall anderst dann in dem andern u. s. f. Art. 40 lautet: Item so eyner wissentlich und geuerlicher weiss von geraubtem oder gestolnem gut, beut oder theil nimbt, oder so eyner die thetter wissentlich und geuerlicher weiss etzt oder drenkt, auch die thetter oder obgemelt unrecht gut gar oder zum theyl wissentlich annimpt, heymlich verbirgt, beherbergt, verkaufft, oder vertreibt, oder so yemandt den thettern, sunst in andre dergleichen weg, geuerlich fürderung, radt oder beistandt thut, oder in jren thatten unziemlich gemeynschaft mit jn hatte, Ist auch ein anzeygung peinlich zu fragen. Nach Emmingh. l. c. S. 203 u. 179.

Alles kommt auf die Interpretation der Worte „zu übung eyner missthatt“ an. Nach dem Vorgang von Boehmer l. c. und Martin, Lehrbuch des Deutschen Gemeinen Criminalrechts

§ 73 erklärt Marezoll, Das Gem. Deutsche Criminalrecht S. 191: „Durch die entscheidenden Worte „zur übung einer missthatt“ werden die Ausdrücke hilff beistandt u. s. w. auf ein wahres Helfen und Mitwirken zur Verübung des Verbrechens beschränkt.“ Marezoll nimmt also Strafflosigkeit der Begünstigung an; aber der Einwand, mit dem er l. c. Ross-hirt's und Wächter's Ansicht von ihrer Bestrafung entkräften will, würde nur dann zutreffen, wenn er den Nachweis geliefert hätte, dass der Ausdruck „übung eyner missthatt“ auf das Entstehen des Verbrechens zu beschränken ist. Ohne weiteres lässt sich dies nicht als unzweifelhaft annehmen. Wo die C. sonst von Bestrafung der Missthatt spricht, wählt sie zur Bezeichnung der Ausführung das Wort Volnbringung; so heisst es Art. 178: Item so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethat dienstlich sein mögen, understeht u. s. w. Das Wort Volnbringung kann sich nur auf die Reihe der Handlungen beziehen, die mit der Verwirklichung der verbrecherischen Absicht, nicht auch des Zweckes, Berner Lehrbuch § 100, ihr Ende erreichen. Sich selber oder das gestohlene Gut in Sicherheit zu bringen, ist nicht mehr Volnbringung im Sinne des Art. 178. Wenn die C. nun in dem einen Artikel, in dem sie von der Ausführung eines Verbrechens spricht, den Ausdruck Volnbringung gebraucht, und in dem andern, kurz vorhergehenden, wo ebenfalls von der Ausführung einer Missethat die Rede ist, den Ausdruck Uebung einer Missethat anwendet, so wäre es, wenn sie in beiden Artikeln von der Dienstleistung derer hätte sprechen wollen, deren Thätigkeit aufhört, sobald das Verbrechen perfekt ist, unerklärlich, warum sie nicht in beiden Artikeln das Wort Volnbringung, oder in beiden das Wort Uebung angewendet hat. Erklärlich wird die Verschiedenheit nur, wenn man annimmt, dass sie mit dem Worte Uebung einen andern Sinn verbindet, als mit dem Worte Volnbringung. Dass der Ausdruck Uebung einer Missethat ebenso weit reicht, ebensoviel Momente in der Reihenfolge der verbrecherischen Maassnahmen umspannt, wie der Ausdruck Volnbringung, geht daraus hervor, dass

auch auf Grund der Uebung des Verbrechens das Urtheil gefällt werden soll; die strafrechtliche Vollendung des Verbrechens muss mithin im Ausdruck Uebung enthalten sein. Soll sich nun der Begriff Uebung vom Begriff Volnbringung unterscheiden, so muss der Begriff Uebung nothwendig eine weitere Ausdehnung haben, als der Begriff Volnbringung; er muss Handlungen noch über den Zeitpunkt der Vollendung hinaus umfassen. Dies können aber nur Handlungen zur Sicherung des Verbrechers oder seines Erwerbes, nur Begünstigungshandlungen sein. Will man also nicht die Ansicht vertreten, dass die C. nur der Abwechslung halber, nur aus ästhetischen Gründen, das Eine Mal von Uebung spricht, das andre Mal von Volnbringung, eine Ansicht, die mit der strengen Sachlichkeit der C. nicht zu vereinen ist, so muss man, scheint es, die Bestrafung der Begünstigung in der C. annehmen.

Eine andere Frage ist es, ob das Wort Uebung auch wirklich Träger des Sinnes sein kann, den die Vergleichenng ihm aufbürdet. Diese Frage muss wohl verneint werden. Der Wortsinn umfasst keine andern Momente, als diejenigen, die in der Vollendung der Missethat ihren Abschluss finden. Ist das Verbrechen perfekt, so ist die Missethat geübt. Wird der Wortsinn zu Grunde gelegt, so ist in der C. für die Begünstigung keine Strafe ausgesprochen. In diesem Sinne sagt Geib l. c. S. 340 ganz richtig: „Nach dem Wortlaut des Art. 177 ist die Begünstigung in der C. keineswegs für strafbar erklärt.“ Er behauptet aber nicht rundweg die Straflosigkeit.

Wie Marezoll, so hat sich auch Sander im Archiv 1838 S. 435 für unbedingte Straflosigkeit der Begünstigung in der C. entschieden. Er basirt seine Ansicht auf die Thatsache, dass die Begünstigung in der C. nicht als eigenthümliches Verbrechen vorkommt, und bemerkt: „Setzt man, wie man auch muss, voraus, dass es nach dem Römischen Recht eine ausgemachte Sache war, dass die Begünstigung als eigenes Vergehen der receptatio (?) gestraft wurde, so ist in Beziehung auf diese Voraussetzung soviel sicher, dass die C.

die Begünstigung als ein eigenes Vergehen nicht erwähnt... Kannten die Verfasser der C. diesen Begriff, und nahmen sie ihn nicht auf, so folgt daraus schon, dass sie es bei den Bestimmungen des bestehenden, d. h. des Römischen Rechts belassen wollten. Diese stempelten die Begünstigung zu einem besondern Vergehen; und will man nun annehmen, dass die Art. 177, 40 sich auf die Begünstigung beziehen, so muss man auch annehmen, dass die C. die frühere Natur der Begünstigung abändern wollte u. s. w.“ Eine solche Annahme wäre in der That als „gewagt“ zu bezeichnen. Aber Sander's ganze Deduktion ist nur unter Einer Bedingung schlagend; nämlich nur für den Fall, dass vor der Zeit der C. wirklich die Grundsätze des Römischen Rechts über die Begünstigung galten; dann läge freilich in dem Umstand, dass die Begünstigung da, wo sie erwähnt würde, nicht als selbständiges Vergehen auftritt, sondern als Theilnahme, eine willkürliche Abänderung des geltenden Rechts; eine solche wäre der C. nicht zuzutrauen, und es bliebe nur die Annahme übrig, dass Art. 177 überhaupt nicht von Begünstigungshandlungen spricht. Indessen ist jene Bedingung nicht erfüllt. Zur Zeit der Abfassung der C. galten gar nicht die Bestimmungen des Römischen Rechts, sondern die Grundsätze der Italienischen Praktiker, die in der Begünstigung kein *crimen receptatorum*, kein eigenthümliches Vergehen sahen, sondern eine Art von Hilfeleistung, ein *praestare opem*, zwar nicht *proprie*, sondern *alio modo*. That die C. dasselbe, so war sie im Einklang mit der herrschenden Ansicht. Auf diese Weise lassen sich also die Begünstigungshandlungen aus dem Art. 177 nicht beseitigen.

Des weiteren klammert sich Sander wie Marezoll an den Wortsinn, ohne in eine Vergleichung mit dem Ausdruck Vollbringung einzutreten. Mittermayer erklärt in Note 3 l. c. seine Uebereinstimmung mit Sander. Aehnlich Luden, Abh. aus d. Strafr. II. S. 362.

Als mächtigste Waffe wird von den Anhängern der Bestrafung der Art. 40 betrachtet. Besonders macht Bauer, Abhandl. aus dem Strafr. u. d. Strafpr. I. S. 479 von ihm

ausgiebigen Gebrauch. Wenn der Art. 40, erklärt er, auch nicht in dem Theile der C. steht, welcher die Strafsatzungen enthält, so lässt sich doch aus dem Art. 40 erklären, was unter den Worten „mancherley hilff, beistandt oder fürderung“ im Art. 177 zu verstehen ist. Um nicht alles in Art. 40 angeführte zu wiederholen, habe sich der Gesetzgeber mit allgemeiner Bezeichnung der dort specialisirten Vergehen begnügt. Dieser Grund ist nicht so leicht von der Hand zu weisen; wenn ferner eine Strafandrohung nicht ausgesprochen ist, so folgt daraus nicht, dass diese Handlungen straflos blieben. Der Art. 40 war gar nicht der Ort, sich über die Bestrafung der Begünstigungshandlungen auszulassen. Wie schon aus der Ueberschrift: „Von gnugsamen verdacht der jhenen so raubern oder dieben helffen“ hervorgeht, sind sie hier nur als Verdachtgründe angeführt, als Indicien, die den Verfasser des Artikels nur deshalb interessiren, weil sich auf Grund derselben wahrscheinlich eine Anklage wegen Raubes oder Diebstahls erheben lässt. Diese Anklage zu erleichtern ist der Zweck des Art. 40. Würden an dieser Stelle Angaben über Grad und Art der Begünstigungshandlungen erfolgt sein, so würde man damit den eigentlichen Zweck des Artikels verdunkelt haben. Daraus lässt sich aber nicht mit Sander die Straflosigkeit folgern. Wenn er meint, der Art. 40 erkläre die dort angeführten Handlungen als für sich genommen nicht geeignet, eine Strafe herbeizuführen, so ist diese Auffassung nicht haltbar. Der Artikel betrachtet diese Handlungen überhaupt nicht als solche, sondern als Wegweiser zum Verbrechen. Sander ist von der Güte seiner Sache auch gar nicht fest überzeugt; er sagt schliesslich: „Schlimmsten Falls kann man nicht über den Art. 40 hinausgehen, und kann also nur daraus folgern, dass bei dem Raub und dem Diebstahl, worauf sich der Artikel allein bezieht, die dort erwähnten Begünstigungshandlungen als Theilnahme am Raub oder Diebstahl zu betrachten seien, und dass es hinsichtlich der andern Vergehen bei den Bestimmungen des Art. 177 bleibt, wonach nur jene Handlungen als Theilnahme betrachtet werden können, welche auf die Hervorbringung,

die Uebung des Verbrechens selbst gerichtet sind.“ Wenn es sicher ist, dass der Art. 177 nur von der Hervorbringung des Verbrechens spricht, dann ist jede Diskussion unnöthig. Für sich allein ergibt der Art. 40 keine Strafbarkeit der Begünstigungshandlungen, sondern nur durch eine umfassende Auslegung des Wortes Uebung im Art. 177, und etwa noch in Rücksicht auf das Vorkommen des Ausdrucks Förderung in beiden Artikeln. Die Vermuthung liegt nahe, dass der Gesetzgeber, der im Art. 177 Beistandshandlungen als Förderung bezeichnet und für strafbar erklärt, ausdrücklich, wenn auch nicht im Art. 40, so doch sonst, das Gegentheil ausgesprochen haben würde, wenn er die Beistandshandlungen, die er hier ebenfalls Förderung nennt, straflos lassen wollte.

Der Versuch, allein aus Art. 40 eine Strafbarkeit von Begünstigungshandlungen zu folgern, ist ein unrichtiger Weg zur Lösung der Controverse. Die Lösung ruht allein in der Vergleichung der Artikel 40, 177, 178.

Bauer verfährt nach der richtigen Methode. Auch ein anderer Grund, den er für die Strafbarkeit anführt, ist nicht ohne Bedeutung. In der Bambergensis, der mater C., lautet die Ueberschrift des Art. 203: „Von straff der förderung, trostung, Hilff, Ursachen und Fürschieber der Missethetter“; im Artikel selber ist ausser von Förderung, Hilff und Beistand, also denselben Ausdrücken wie im Art. 177, noch von Fürschieben die Rede. Es wird sich schwerlich ein zweiter Ausdruck in den Rechtsquellen der damaligen Zeit finden, der so genau unserem Begünstigen entspricht, wie Fürschieben. Dieselben Ausdrücke finden sich in der Brandenburgensis, der soror C. Einen naheliegenden Einwand hat Bauer zurückzuweisen versäumt. Gerade die Gegner der Strafbarkeit könnten sich die Art. 203 der Bamb. und Brand. zu nutze machen und könnten einwerfen: wenn der Ausdruck Fürschieben, den Bauer mit Recht vorzüglich auf die Begünstigungshandlungen bezieht, in der C. fehlt, so hat der Gesetzgeber damit die Straflosigkeit derselben aussprechen wollen. Dagegen zeugen aber einmal die Worte „wie das alles Namen hat“; sie bekunden, dass der Gesetzgeber noch eine Reihe anderer Aus-

drücke hätte erwähnen können, und es nur deshalb unterliess, weil die drei erwähnten dem Zweck genügen. Es ist mehr als wahrscheinlich, dass jene Worte mit Rücksicht auf den in der Bamb. noch stehenden Ausdruck Fürschieben gewählt sind. Zweitens hätte aber der Verfasser der C., der sich sonst so genau an sein Vorbild hält, eine besondere Bemerkung darüber gemacht, wenn er eine so wichtige Handlung wie das Fürschieben, die in dem entsprechenden Artikel der Bamb. mit Strafe bedroht ist, straflos lassen wollte.

Wenn Bauer noch anführt, die konstante Doktrin und Praxis hätten den Art. 177 immer in jenem umfassenden Sinne genommen, der auch die Begünstigungshandlungen einschloss, so ist zu bemerken, dass die Usualinterpretation von der wissenschaftlichen nicht als Instanz verwerthet werden kann.

Wie Bauer so haben sich, wesentlich mit denselben Gründen, auch Heffter, Lehrbuch des gem. Deutschen Criminalrechts § 84 n. 6; Rosshirt l. c. § 33; Jarcke, Hdb. d. gem. Deutschen Strafrechts I. 235 n. 1; Wächter, Lehrbuch § 91 für die Bestrafung der Begünstigung in der C. ausgesprochen.

Das Resultat für den Stand der Controverse ist zunächst, dass die Grundsätze der Italienischen Praktiker in der C. in keinem Falle befolgt sind. Entweder ist für die Begünstigung überhaupt keine Strafe festgesetzt, oder eine gleich hohe wie für diejenigen, die zur Ausführung des Verbrechens mitwirken. Die Italiener bestrafen die Begünstigung mit seltenen Ausnahmen milder als die Mitwirkung.

Der Hauptgrund für die Bestrafung ist der Ueberschuss des Begriffs Uebung, den eine Vergleichung mit dem Begriff Volnbringung ergeben würde, wenn man dabei verharren will, dass die C. mit zwei verschiedenen Namen auch zwei verschiedene Sachen bezeichnen muss.

Der Hauptgrund gegen die Bestrafung ist der Wortsinn des Ausdrucks Uebung.

Alles erwogen scheint die Annahme, die C. habe zwei verschiedene Namen für denselben Begriff gebraucht, viel

weniger gefährlich zu sein, als ein Gewaltakt gegen das Wort Uebung. Somit wäre eine Bestrafung der Begünstigung in der C. nicht ausgesprochen. Daraus folgt aber nicht, dass sie die Begünstigung für straflos erklärt. Es gelten daher, da sie ein subsidiäres Gesetzbuch ist, die herrschenden Grundsätze, die Grundsätze der Italiener.

VI. Die Zeit von der Carolina bis zum Deutschen Strafgesetzbuch.

In der Zeit nach der C. herrschte weder über das Wesen noch über die Strafe der Begünstigung Uebereinstimmung. Doch scheint sie in sehr vielen Fällen mit gleicher Strafe wie die wirkliche Thäterschaft belegt worden zu sein. In der Reichspolizei-Ordn. von 1577 I, 8, an einer Stelle, die identisch ist mit der Reichspol.-Ordn. v. 1530 I, 6 heisst es: Und welche herwieder die angezeigten Gotteslästerer, wie obsteht, wissentlich und freventlich zu Dienern aufnehmen, mit ihnen handeln, sie fördern, enthalten und fürschieben würden, damit sie der Straff entweichen, gegen denselben, sie wären gross oder kleines Stands, soll unser Kayserlicher Fiskal vor Unserm Kayserlichen Kammergericht ad poenam arbitrariam procediren. Emmingh. l. c. S. 165, 391; Geib l. c. S. 341.

Carls V. Landfr. von 1548 in § 2 bestimmt: Es soll dem, durch den solche friedbrüchige Thaten geschehn . . . keiner dienen, rathen, oder helffen . . . darzu auch wissentlich oder gefährlich nicht beherbergen, haussen, ätzen, tränken, enthalten, oder gedulden u. s. w. Emmingh. l. c. S. 227.

Dagegen im Reichsabsch. v. 1555 § 46: Im Fall aber, da solche Ausgetrettene kein Recht annehmen . . . dass alsdann die Ständ und Oberkeiten gewisse Ordnung fürnehmen, damit die muthwillig ausgetrettene Unterthanen nicht allein an keinem Ort ihrer Gebiet geduldet, gehauset, geherberget, geätzt, getränkt, oder fürgeschoben werden solche Unterschleiffer, Enthalter, und Fürschieber sollen mit gleicher Straff wie die Austreter gestrafft werden u. s. w. Emmingh.

l. c., S. 240. Auch in der Henneberger Landesordn. v. 1539, VIII. 6. wird gleiche Strafe ausgesprochen: „Wer andre Uebelthäter receptiert, und Fürschub giebt, der soll in gleicher Straff mit dem Uebelthäter stehn“. Auch der § 5 des Kais. Pat. vom 16. Aug. 1731 bestimmt gleich strenge Strafe: „Es soll auch an keinem Ort im Reich, darin dergleichen muthwillig aufstehende Handwerckspursche ihre Zuflucht nehmen, denenselben weder in Wirtshäusern noch sonst einiger Unterschleif gegeben und nicht allein gegen die frevelnde Handwerckspursche selbst, sondern auch gegen die Hehler, als Mithelfer derer Aufrührigen, mit obigen Strafen ohnnachlässig verfahren werden.“ Emmingh. S. 551.

Angesichts so zahlreicher Stellen gleich strenger Bestrafung kann man nicht mit Geib. l. c., S. 341 sagen, die Begünstigung sei in der Zeit nach der C., im Gegensatz zu den Grundsätzen des älteren Rechts weniger strafbar gewesen, als die wirkliche Thäterschaft; noch viel weniger mit Köstlin l. c., S. 266: „Die konstante Doktrin und Praxis nach der C. hat den Satz der Italiener aufgenommen, so zwar, dass man die einfache Begünstigung in allen Fällen als geringer strafbar wie das Hauptverbrechen ansah.“ Dies Urtheil gilt nur für die Theoretiker, nicht für die Praxis. Carpzov. qu. 87 no. 32, qu. 134, n. 37; Kress ad art. 177. Erst in der Zeit nach den sächsischen Juristen begannen die Theoretiker sich wieder häufiger an die Bestimmungen des Römischen Rechts zu halten, Köstlin l. c., S. 267 n. 1; wogegen jetzt in der Praxis, kraft der Autorität Carpzov's, vielfach eine mildere Ansicht Platz griff.

Der Cod. Maximilianeus, (Bavaricus civilis, unter Churfürst Maxim. III. von Kreitmayer verfasst, 1756 publ.) betrachtet die Begünstigung im Allgemeinen wie Carpzov; bei Diebstahl und Raub straft er aber, falls Hilfe nach der That und Theilnahme am Gewinn vorlag, mit der poena ordinaria, also mit gleicher Strafe wie den Thäter I. 12, § 8, 9; I. 2, § 14, 15, 18, 20.

Besonders wichtig in der geschichtlichen Entwicklung der Begünstigung ist die Theresiana, vom 31. Dez. 1768.

Sie straft I. 3, §§ 8, 12 die Begünstigung in Folge vorausgegangener Verabredung mit der Strafe des Hauptverbrechens; die eigentliche Begünstigung, die nach der That ohne vorherige Zusage erfolgt, erklärt sie für ein *delictum sui generis* und straft sie arbiträr; jedoch kann diese Strafe der *poena ordinaria* gleichkommen II. 102. Ebenso in Joseph's Gesetzb. über Verbrechen § 8: Wer aber nur erst nach vollbrachter Missethat dem Thäter mit Hilfe und Beistand beförderlich gewesen ist, macht sich zwar eines eigenen, besonderen, aber nicht des begangenen Verbrechens schuldig.

Die Bestimmungen des Preuss. Allgem. Landr. sind sehr willkürlich. Die Begünstigung der Person wird als selbständiges Delikt gestraft, und zwar milder wie das Hauptverbrechen; dagegen werden die gewerbsmässige Begünstigung und die Antheilnahme am Gewinn als Theilnahme bestraft, erstere mit der Strafe des Hauptverbrechens, letztere mit der nächstniedrigen, II. 20. § 83. Von der Sicherung des verbrecherischen Erwerbs ohne Antheil am Gewinn ist nicht besonders die Rede.

Die meisten neueren Gesetzbücher sind darin einig, dass die Begünstigung in doppelter Form auftreten kann, als Begünstigung der Person des Verbrechers, und als Wahrung der Vortheile. So heisst es im Preuss. Strafgesetzb. v. 14. April 1851, § 37: „Wer nach Verübung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen, oder ihm die Vortheile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist als Begünstiger zu bestrafen.“ Aehnlich Hannov. Strafgesetzb. Art. 74; A. Baiersches Gesetzb. Art. 85, N. Baier. Art. 58; Württ. Art. 89; Bad. § 142 etc.

Häufig findet sich eine Unterscheidung zwischen Begünstigung im engeren Sinne und Hehlerei. Die letztere kommt nur bei Raub, Diebstahl, Unterschlagung, Erpressung vor. Die entsprechende Unterscheidung des Oesterr. Strafgesetzb. § 185 spricht von Begünstigung und Theilnehmung, nimmt letztere aber nur bei Diebstahl oder Veruntreuung an: „Der Theilnehmung am Diebstahl oder an einer Veruntreuung macht

sich derjenige schuldig, der eine gestohlene oder veruntreute Sache verhehlt, an sich bringt oder verhandelt.“

Das Preuss. Strafg. betrachtet, zwar nicht im § 37, wo ganz allgemein von der Begünstigung die Rede ist, wohl aber in dem späteren Titel 20, die Verheimlichung, den Ankauf u. s. w. von Sachen, von denen man weiss, dass sie gestohlen, oder unterschlagen oder mittels anderer Verbrechen erlangt sind, als Hehlerei. Sie wird mit Gefängniss bestraft, und, wenn ein Raub, eine dem Raube gleich zu achtende Erpressung, oder ein schwerer Diebstahl vorliegt, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren. Das Moment des eigenen Vortheils ist einflusslos. § 237—239.

Das Princip für Art und Maass der Strafe ist verschieden je nachdem die Gesetzbücher mehr die selbständige Natur oder mehr den Charakter des Nebenverbrechens in den Vordergrund stellen. Wird erstere betont, so richtet sich die Strafe danach, ob Begünstigung der Person, oder Wahrung der Vortheile vorliegt; in jenem Falle ist die Strafe in der Regel milder, in diesem höher. So im Hannov. Gesetzb. Art. 75. Wird letztere betont, so hängt die Strafe von der des Hauptverbrechens ab und ist ihr proportional. Das Oesterr. Gesetzb. § 215 sagt: „Ein solcher (§ 214) Verhehler soll nach der Gefährlichkeit des verhehlten Verbrechens bestraft werden.“ Aehnlich Braunschweig § 47, Hess. Darmst. Art. 89 Thüring. Art. 36 N. Baier. Art. 59: „Den Begünstiger trifft, wenn die That, auf welche sich die Begünstigung bezieht, ein Verbrechen ist, Gefängniss bis zu zwei Jahren und wenn diese That ein Vergehen ist, Gefängniss bis zu zwei Monaten u. s. w.“

Eine Besonderheit findet sich im Oesterr. Strafges. § 307, wo die Vorschubleistung bei Uebertretungen mit einer Strafe bedroht wird, die härter ist als viele der für Uebertretungen sonst angedrohten Strafen.

Als Strafschärfungsgrund gilt allgemein das gewerbmässige Treiben der Begünstigung. Bair. Gesetzb. Art. 85; Württ. Art. 91, Bad. § 144, Sachsen Art. 293, Preuss. § 239: „Wer die Hehlerei gewohnheitsmässig betreibt, soll mit Zucht-

haus bis zu fünfzehn Jahren und Stellung unter Polizeiaufsicht bestraft werden.“

Nahe Verwandtschaft und Schwägerschaft mit dem Verbrecher gelten jetzt überall als Strafausschliessungsgründe, früher nur als Strafmilderungsgründe. Ob die Henneberger Landesordn. VIII. 6: „Wer andere Uebelthäter receptiert und Fürschub gibt, der soll in gleicher Straff mit dem Uebelthäter stehen, die blutsverwandte Personen ausgenommen“ in der Begünstigung als Verwandter einen Strafausschliessungs- oder einen Strafmilderungsgrund erblickt, ist nicht ersichtlich. Wahrscheinlich aber sollen die Verwandten nur nicht die gleiche Strafe erhalten. Joseph's Gesetzb. üb. Verbr. § 85 bestimmt: „Jedoch ist derjenige, der seinen Verwandten in auf- oder absteigender Linie, seine ein- oder zweibändigen Geschwister, die Ehegenossen derselben, oder seinen eigenen Ehegenossen, oder seines Ehegenossen ein- oder zweybändige Geschwister verheelt, sollte ihm auch der Verheelte wirklich als ein Verbrecher bekannt sein, nach dem Grade, als er dem Verheelten näher angehört, mit milderer Strenge zu bestrafen“. Aehnlich schon Theres. Art. 102 § 6. Dagegen betrachtet das Preuss. Landr. die Verwandtschaft nicht einmal als Strafmilderungsgrund.

Neuere Gesetzbücher strafen Verwandte gar nicht. So Oester. Gesetzb. § 216: „Doch können des Verbrechers Verwandte und Verschwägte in auf- und absteigender Linie wegen einer solchen Verhehlung allein nicht gestraft werden.“ Preuss. § 37: „Die Strafe tritt nicht ein, wenn die Begünstigung dem Thäter, um ihn der Bestrafung zu entziehen, von leiblichen Verwandten in auf- und absteigender Linie, von Geschwistern oder von dem Ehegatten gewährt worden ist. Bair. Art. 89. Württ. Art. 92, Sachs. Art. 72.

Die Strafmaxima die in den einzelnen Gesetzbüchern für die Begünstigung festgesetzt sind, variiren bedeutend. So hat das Sächs. Strafges. ein Drittel des Höchstbetrages der Strafe des Hauptverbrechers; das Bad. § 143, 144 als Maximum ein Jahr Kreisgefängniss; für die gewerbsmässige Begünstigung 6 Jahre Zuchthaus. Das Oesterr. § 215 Kerker

von einem Jahr, und im Falle des gegebenen Unterschleifes, oder der begünstigten Zusammenkünfte Kerker von 5 Jahren; das A. Bair. Art. 85 hat als Maximum 6 Jahre Arbeitshaus; das N. Bair. Art. 59 straft, wenn die That ein Verbrechen ist, mit Gefängniss bis zu zwei Jahren, womit eine Geldstrafe bis zu 400 Gulden verbunden werden kann, wenn sie ein Vergehen ist, mit Gefängniss bis zu 6 Monaten, und Geldstrafe bis zu 200 Gulden. Das Maximum des Thür. Gesb. war 10 Jahre Zuchthaus, des Altenb. Gesb. 12 Jahre Zuchthaus. Bei gewerbsmässiger Begünstigung treten überall noch höhere Strafen ein. Diese Härte der Strafen ist nur dadurch zu erklären, dass die Verfasser noch der Anschauung huldigten, die Begünstigung sei eine nachfolgende Theilnahme.

Alle Gesetzbücher mit Ausnahme des Oldenb. v. 1814 Art. 96 setzen *dolus* voraus.

VII. Das Deutsche Strafgesetzbuch.

Das Deutsche Strafgesetzbuch sieht in der Begünstigung keine Art der Theilnahme, sondern ein selbständiges, nach eigenen Grundsätzen zu bestrafendes Vergehen. § 257 ss. Dabei wird die accessorische Natur nicht verkannt. Vgl. Motive S. 127. Wie die Mot. d. Rev. Entw., S. 128 ausführen, hat sich die Eintheilung des Preuss. Strafg. § 237, 238 als unglücklich erwiesen, da diese §§ die Hehlerei von Personen und die Hehlerei von Sachen ungetrennt behandeln. Es sei daher letztere von ersterer gesondert worden, „so zwar, dass § 257, 258 die Hehlerei von Personen, § 259 die Hehlerei von Sachen behandelt.“ § 258 bespricht besondere Fälle der in § 257 mit den Worten „und, wenn er diesen Beistand seines Vortheils wegen leistet“ erwähnten Begünstigung aus Gewinnsucht. Schwarze, Comm. z. Strafgesetzb. § 258, 1. Diese besonderen Fälle sind erstens die des einfachen Diebstahls oder der Unterschlagung, zweitens die des schweren Diebstahls, des Raubes oder eines dem Raube gleich zu bestrafenden Verbrechens. Nur diese Fälle von allen Fällen der gewinnsüchtigen Begünstigung erklärt der Wort-

laut des § 258 für Hehlerei; während die gewinnsüchtige Begünstigung bei anderen Verbrechen und Vergehen nicht als Hehlerei bezeichnet wird. Schwarze l. c. § 257. 4, 5. Der Inhalt der §§ 257, 258 stimmt daher mit den Mot. d. Rev. Entw. S. 128, die behaupten, dass die Hehlerei in Beziehung auf Personen in den §§ 257, 258 abgehandelt werde, nicht genau überein.

Berner Lehrb. S. 517 sagt ganz richtig: „Die Hehlerei beschränkt sich auf Diebstahl, Unterschlagung, Raub und raubgleiche Verbrechen, während Begünstigung schlechtweg bei allen Verbrechen und Vergehen möglich ist.“ Er tritt aber mit sich selbst und dem Wortlaut des Strafgesetzbuchs in Widerspruch, wenn er fortfährt: „Von der allgemeinen Begünstigung unterscheidet sie sich dadurch, dass sie ein Handeln des eigenen Vortheils wegen voraussetzt.“ Nur bestimmte Fälle gewinnsüchtiger Begünstigung nennt das Strafg. Hehlerei, nicht alle; würde es alle so bezeichnen, so könnte Berner nicht mit Recht sagen: sie beschränkt sich auf Diebstahl u. s. w.

Der Gesamttinhalt der §§ 257, 258 handelt also von der Begünstigung in Beziehung auf Personen; besondere Fälle sind diejenigen, in denen des eigenen Vortheils wegen gehandelt wird; aus diesen besonderen Fällen ragen wieder als spezielle Fälle diejenigen hervor, in denen bei Diebstahl, Unterschlagung, Raub, oder einem dem Raube gleichen Verbrechen oder Vergehen des eigenen Vortheils wegen begünstigt wird. Die Begünstigung wird im Allgemeinen mit Geldstrafe bis zu 600 *M* oder mit Gefängniss bis zu einem Jahre bestraft; auf die gewinnsüchtige Begünstigung steht Gefängniss schlechtweg; auf die Hehlerei Gefängniss, wenn ein einfacher Diebstahl oder eine Unterschlagung vorliegt, Zuchthaus beim schweren Diebstahl, beim Raube, oder einem dem Raube gleichen Verbrechen. Gemeinsam ist den Begünstigungshandlungen, dass sie nur bei Verbrechen und Vergehen strafrechtlich möglich sind; dass sie dem Thäter als Sicherung seiner Person, und als Sicherung der Vortheile aus der That, dienen können; dass sie nur dolos begangen

werden können; dass sie als Beihilfe bestraft werden, wenn sie vor der That zugesagt wurden. Ein Unterschied liegt darin, dass die vor der That zugesagte Begünstigung, mag sie Hehlerei sein oder nicht, auch dann gestraft wird, wenn Angehörige sie versprochen haben; während sonst die letzteren straflos bleiben.

Der § 259 lautet: „Wer seines Vorthells wegen Sachen, von denen er weiss, oder den Umständen nach annehmen muss, dass sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt, oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängniss bestraft.“ Der Thatbestand dieses Paragraphen kann mit dem der Begünstigung zusammenfallen, wenn das Verheimlichen etc. sowohl des eigenen Vorthells wegen, als um dem Thäter förderlich zu sein, geschieht. Oppenhoff Comm. § 259. 1, Schwarze § 259. 2. Die Begünstigung ist hier aber, wie Schwarze mit Recht bemerkt, rechtlich gleichgültig.

Der Umstand, dass der Name Hehlerei im § 258 besondere Fälle der Begünstigung umfasst, als eine Art der Begünstigung auftritt, und im § 259 auf Handlungen angewendet ist, in denen gar keine Begünstigung enthalten zu sein braucht, muss auffallen und trägt nicht zur Klärung des Verhältnisses der Begünstigung zur Hehlerei bei. Zwei verschiedenartige Handlungen, die nicht unter denselben Oberbegriff fallen, mit demselben Namen zu bezeichnen, ist nur dann unbedenklich, wenn der Name in doppelter Bedeutung gebraucht werden kann. Das ist hier nicht der Fall.

Wenn bei den Handlungen, die der § 259 erwähnt, das Moment der Begünstigung da wo es vorkommt, einfach ignoriert wird, so ist dies Verfahren sehr gewagt. Es constituirt einen gefährlichen Praecedenzfall. Eine Handlung, die das Gesetz ausdrücklich und kurz vorher mit Strafe bedroht, geht straffrei aus. Die Idealkonkurrenz wird als nicht vorhanden betrachtet. Mit demselben Rechte könnte beim gewaltsamen Incest das eine der beiden Momente gar nicht in die Wagschale geworfen werden. Und obgleich das Moment der Be-

günstigung im § 259 rechtlich gleichgültig ist, wird der Verbrecher dennoch als Hehler bestraft.

Es muss für jetzt genügen, diese Probleme darzulegen; die Lösung ist erst auf Grund einer eingehenden Erörterung des Wesens der Begünstigung möglich.

Dogmatischer Theil.

I. Verhältniss der Begünstigung zur Theilnahme.

Die Grundlage einer sachgemässen Definition der Begünstigung ist eine klare Fassung des Begriffs der Theilnahme. Hieraus ergibt sich die Beantwortung der Frage, ob die Begünstigung eine Art der Theilnahme ist, oder ein selbständiges Delikt, von selbst.

Bauer, in den Abhdl. S. 412, bemerkt: „Die Theilnahme an einem Verbrechen besteht in der verschuldeten Mitwirkung Mehrerer bei demselben Verbrechen. Alle diejenigen, welche auf eine verschuldete Weise bei demselben Verbrechen mitgewirkt haben, sind daher Theilnehmer desselben in weiterem Sinne.“ Durch diese Definition wird der Begriff Theilnahme auch auf den physischen, sogar auf den intellectuellen Urheber bezogen, ein Verfahren, das dem Worte Theilnahme Gewalt anthut. Wenn jemand einen Menschen gemordet hat, und ein zweiter hat das Opfer festgehalten, ein Dritter hat Wache gestanden, so kann der Erstere nicht als Theilnehmer bezeichnet werden; viel eher gestattet der Sprachgebrauch, sie alle drei Mörder zu nennen. Dass Bauer das Wort Mitwirkung auch auf den eigentlichen Thäter beziehen will, geht theils aus den eingeklammerten Worten *concursum ad idem delictum* hervor, wobei *concursum* nicht unserm Mitwirken, sondern unserm Zusammentreffen entspricht, theils aus der Stelle unter

B: „Wenn manche den Begriff der Theilnahme auf die Theilnahme an dem Verbrechen eines Andern, mithin auf die Beihilfe und Begünstigung beschränken, so wird hierdurch der Urheber von den Theilnehmern ausgeschlossen, mithin der Begriff zu enge, und entspricht weder der Natur der Sache noch dem Sprachgebrauche.“

Wie unglücklich die Fassung ist, die Bauer dem Begriff der Theilnahme gegeben hat, erhellt insbesondere aus den Fällen, wo das Verbrechen von einer einzigen Person, ohne jede Hilfe verübt wird. Diese Person wäre nach seiner Erklärung als Theilnehmer zu bezeichnen. Auch die Fälle des *concursum necessarium* erhärten die Unhaltbarkeit seiner Ansicht. Beim Ehebruch müssten die beiden Personen, die das Verbrechen begehen, Theilnehmer genannt werden.

Hinter die Worte: „sind daher Theilnehmer im weiteren Sinne“ hat Bauer in Klammern die Ausdrücke *complices*, *socii criminis* gesetzt; jedenfalls um damit zu beweisen, dass die Römer dem Begriff der Theilnahme dieselbe Ausdehnung gegeben haben wie er. Aber abgesehen davon, ob der Ausdruck *complices* unserm Ausdruck Theilnahme entspricht, ist das Wort *complices* überhaupt nicht quellenmässig. Der Ausdruck *socii criminis* kommt vereinzelt zwar auch als Namen für die Verbrechensgenossen mit Einschluss des Thäters vor: viel häufiger aber mit Ausschluss des Thäters und im Gegensatz zu ihm; so *lex 6 § 4 Cod. de his qui l. 12: Adjicientes, quod ea, quae de principalibus personis decrevimus, etiam in fidejussorum . . . et sociorum seu participum et omnino in iisdem causis obnoxiorum personis praecipimus observari*. Vergl. Birnbaum über den Begriff *socius* in den Quell. d. Röm. Str. im Arch. 1842 S. 1—60; Rein l. c. S. 185.

So wenig man den Urheber unter den Begriff der Theilnahme bringen kann, so wenig den Begünstiger. Bauer's Definition der Theilnahme ist nach beiden Seiten hin zu weit ausgedehnt. Er sagt S. 413 B: „Bezieht sich hingegen die Thätigkeit des Theilnehmers nur auf ein schon vollbrachtes Verbrechen, so ist es blosser Begünstiger, und der, welcher auf diese Art Theil nimmt, heisst Begünstiger.“ Dass die

Begünstigungshandlungen erst nach Vollendung des Verbrechens eintreten können, wird allgemein anerkannt; auch in dem Fall, wo die Begünstigung vorher versprochen wird, wo sie sich also als Mitwirkung zur Entstehung des Verbrechens charakterisirt, erfolgen die Handlungen erst nach der Vollendung. Die Begünstigungshandlungen sind also niemals gleichzeitig mit den Handlungen, die in der Vollendung des Verbrechens ihren Abschluss finden. Der Ausdruck Theilnahme verlangt aber, dass diejenigen, die damit bezeichnet werden sollen, in demselben Zeitraum Hilfe leisten, in welchem der Thäter die Verwirklichung seines verbrecherischen Planes vorbereitet und durchführt. Eine Theilnahme an einer vollendeten Handlung gibt es nicht. Wenn jemand eine Landpartie arrangirt, so ist eine Theilnahme daran nur so lange möglich, als die Landpartie noch nicht beendet ist; oder wenn jemand sich ein Haus bauen will, so kann von einer Theilnahme der Schlosser, Glaser u. s. w. nur so lange die Rede sein, als das Haus noch nicht fertlg ist. Diese Erwägungen sind so einfach, dass es schwer begreiflich erscheint, wie man überhaupt von Theilnahme nach der Vollendung sprechen konnte.

Ein weiterer Grund für die strenge Sonderung von Theilnahme und Begünstigung liegt darin, dass Beistandshandlungen, die ihrer Natur nach bis zum Augenblick der Vollendung des Verbrechens reichen, in jedem einzelnen Falle möglich sind. Dagegen können Beistandshandlungen, die ihrer Natur nach der Vollendung des Verbrechens folgen, nicht in jedem Falle eintreten. Wenn jemand einen Mord begeht und sich gleich darauf das Leben nimmt, so sind Begünstigungshandlungen nicht mehr möglich, da niemand da ist, der begünstigt werden sollte. Besteht somit zwischen den Beistandshandlungen ein derartiger Unterschied, dass die einen stets möglich sind, die andern in manchen Fällen nicht möglich sind, so würde dieser Eine Umstand genügen, die eine Art der Beistandshandlungen aus einem andern Gesichtspunkt zu betrachten, wie die andere. Die eine Art hat ein wesentliches Merkmal, das der andern abgeht; es liegen also nach den Gesetzen der Logik verschiedene Begriffe vor. Somit ist

es nicht nur faktisch, sondern auch logisch, nicht nur empirisch, sondern auch a priori unmöglich, die beiden Arten von Beistandshandlungen als identisch zu betrachten.

Ein dritter Grund für die Trennung von Theilnahme und Begünstigung, wenn es eines solchen, nach Feststellung ihrer logischen Nothwendigkeit, überhaupt noch bedürfte, liegt in der Verschiedenheit des Objekts, das durch die beiden Vergehen verletzt wird. Die Theilnahme verletzt die Person, die der Thäter verletzt; die Begünstigung verletzt nicht diese Person, sondern sie ist, im weitesten Sinne, ein Staatsverbrechen; sie stellt sich als Eingriff in die Rechtspflege dar, als Verletzung einer staatlichen Institution.

So irrig die Confundirung von Theilnahme und Begünstigung in sachlicher Hinsicht war, so seltsam ist vollends der Name, den man der Begünstigung von diesem Standpunkt aus hat geben wollen. Man bezeichnete sie als nachfolgende Theilnahme; dieser Ausdruck ist eine *contradictio in adjecto*; die Theilnahme ist nur gleichzeitig mit der Vorbereitung und der Ausführung des Verbrechens denkbar. Eine nachfolgende Theilnahme ist als etwas gleichzeitig nachfolgendes unmöglich.

Trotzdem findet sich diese Vorstellung bis in die neuere Zeit hinein. So bei Rosshirt l. c., S. 65, 68; Birnbaum im N. Arch. 1842, S. 46 ff.; Abegg, Syst. d. Criminalrechtswiss., S. 111; Heffter l. c. § 86; ähnlich bei Feuerbach l. c. § 53: „Wer erst nach vollendetem Verbrechen wissentlich an demselben Theil nimmt, ist Begünstiger.“

Die richtige Ansicht vom Verhältniss der Begünstigung zur Theilnahme, eingeleitet durch die Italienischen Praktiker mit ihrem *non proprie sed alio modo opem praestare* und ihrer Auffassung der Begünstigung als *delictum non causam* dans; weiter begründet durch Carpzov qu. 87 n. 36, und durch Boehmer ad art. 177 § 9, findet sich bei Martin § 73, der die Begünstigungshandlungen als Verbrechen gegen die Rechtspflege bezeichnet; ferner besonders ausführlich bei Sander l. c., S. 443, wo es heisst; „Es kann wohl mit Grund nicht bestritten werden, dass die Begünstigung in keiner

Weise zur Theilnahme am Verbrechen gerechnet werden kann; dann bei Mittermaier not. 2 zu Feuerb. § 53; Köstlin l. c., S. 261: „Da zum Begriff der Theilnahme an der Handlung wesentlich die Beförderung, die Mithervorbringung derselben gehört, so fällt darunter nicht die Begünstigung des Verbrechens etc.“; dann bei Berner Lehre von d. Theilnahme, S. 6: „Richtig gefasst bildet die Begünstigung ein selbständiges Verbrechen, und zwar ein solches gegen die Strafrechtspflege“. Derselbe Lehrb., S. 185; Geib l. c., S. 324; Geyer l. c., S. 412; Derselbe Erörterungen, S. 200 ff.; Ders. in Holtzendorffs Enc. 2. Aufl., S. 681; in Holtz. Rechtslex. Art. Begünstigung; Rossi traité de droit pénal III, p. 54. Marezoll hat seine Ansicht über das Verhältniss der Begünstigung zur Theilnahme nicht klar ausgesprochen; er sagt l. c., S. 127 der Gehilfe unterscheide sich zwar wesentlich vom Begünstiger, habe aber mit diesem viel Aehnlichkeit.

Eine eigenthümliche Ansicht über die Ausdehnung des Begriffs Begünstigung entwickelt Schröter, Hdb. d. Peinl. R. I., § 144. Nach seiner Ansicht ist, die Vollendung vorausgesetzt, nur diejenige Beistandshandlung Begünstigung, die in der Unterstützung der Person des Verbrechers besteht, während die Wahrung der durch das Verbrechen erlangten Vortheile Theilnahme sein soll. Diese Auffassung verliert ihren Halt gegenüber dem Umstand, dass eine Theilnahme an einer Handlung nur so lange möglich ist, als die Handlung noch nicht vollendet wurde. Ausserdem hat es auf den Charakter der Beistandshandlungen keinen Einfluss, ob sie wesentlich der Person, oder der Sicherung der Vortheile gelten; im Grunde gelten alle Beistandshandlungen der Person. Wenn man die Begünstigungshandlungen scheidet in solche, die der Person zu gute kommen, und in solche, die in der Wahrung der Vortheile bestehen, so hat dies nur eine orientirende Bedeutung: das Wesen der Begünstigung springt besser in die Augen, wenn man die Fülle solcher Handlungen zergliedert. Ihr einheitlicher Charakter wird dadurch nicht alterirt. Köstlin l. c., S. 262, Anm. 5, bemerkt zu Schröter's Ausführung, er gehe zu weit, weil nach seiner Darstellung

wahre Theilnahme unter die Begünstigung kommen könne; das ist wohl nicht der Fall; nicht wahre Theilnahme würde unter die Begünstigung kommen, sondern wahre Begünstigung unter die Theilnahme.

II. Der strafrechtliche Charakter der Begünstigung.

Wer irriger Weise in der Begünstigung eine Theilnahme sehen wollte, wäre der Mühe überhoben, ihren strafrechtlichen Charakter zu begründen. Der Grund für ihre Bestrafung läge dann einfach in der Theilnahme. Ist sie aber eine selbständige Handlung, die nicht die Natur der Theilnahme hat, so muss die Frage, ob sie ein Delikt ist, besonders erörtert werden.

Jedes Delikt ruft eine Veränderung im Rechtszustande des verletzten Objekts hervor. Der durch Thäter und Theilnehmer verletzte Rechtszustand ihres Opfers wird durch die Begünstigung nicht mit verletzt; sie enthält keine Mitwirkung zum Entstehen der Rechtsverletzung, sondern eine Förderung der entstandenen, wodurch das Opfer selber nicht geschädigt wird. Ob der Thäter und seine Genossen entfliehen können oder nicht, ob die gestohlene Sache in Sicherheit gebracht werden kann oder nicht, ist für das Opfer nicht von Bedeutung. Die Verletzung seiner Rechtssphäre wird nicht grösser und nicht kleiner. Das Opfer des Thäters kann somit nicht Objekt des Vergehens sein, zu dem die Begünstigung etwa zu stempeln wäre. Es könnte hiernach scheinen, als trügen die Begünstigungshandlungen überhaupt keinen Deliktscharakter, da Niemandes Rechtssphäre verletzt, die geschehene Verletzung nicht vergrössert wird. Indessen braucht das Objekt einer Rechtsverletzung nicht immer eine Person zu sein, nicht immer Leib und Gut des Einzelnen. Es gibt auch Verbrechen gegen die Religion und Verbrechen gegen den Staat; gegen den Staat als Ganzes und gegen einzelne staatliche Institutionen. So spricht der § 105 des Deutschen Strafg. von der Störung gesetzgebender Versammlungen und bedroht eine solche mit Zuchthaus oder

Festung. Ebenso wie die Gesetzgebungspflege gehindert und die Hinderung gestraft werden kann, ebenso kann auch ein Eingriff in die Rechtspflege eintreten, und muss als Verbrechen gegen eine staatliche Institution in Strafe genommen werden. Ein solcher strafbarer Eingriff in die Rechtspflege ist die Begünstigung. Durch Verheimlichung der Person des Verbrechers wird die strafrechtliche Thätigkeit des Staates lahm gelegt; durch Sicherung des verbrecherischen Erwerbs wird vorzugsweise die civilrechtliche Ausgleichung erschwert. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Berner die Begünstigung als ein Verbrechen gegen die Strafrechtspflege auffasst, Theiln. S. 6; die Civilrechtspflege wird nicht minder paralysirt als die Strafrechtspflege, Geyer in Holtz. Hdb., S. 418.

Schon Martin l. c. § 73 ss. hatte die Begünstigung als Verbrechen gegen eine staatliche Institution bezeichnet, und zwar als Polizeivergehen. Sander in seiner Polemik dagegen l. c. 1838 S. 446 erklärt: „Es will zwar Martin die Begünstigung als ein besonderes, selbständiges Polizeivergehen ansehen, und insofern man die Begünstigung hauptsächlich darauf gerichtet annimmt, dass dadurch der Begünstiger die Verheimlichung des Verbrechens, die Erschwerung seiner Verfolgung und die Straflosigkeit des Verbrechers erzweckt, so ist es richtig, dass damit der Begünstiger gegen die im Staatszwecke mitliegende Verfolgung der Verbrechen auftritt, mithin sich an der Allgemeinheit in Sicherung des allgemeinen Rechtszustandes vergeht, und insofern ein Polizeivergehen verübt. Allein in sehr viel und wohl in den meisten Fällen ist der Zweck des Begünstigers keineswegs gerade und allein auf die Verheimlichung des Verbrechens und des Verbrechers gerichtet, sondern sein Zweck ist, aus der durch ein Verbrechen gewonnenen Sache und überhaupt aus dem Verbrechen Vortheil zu ziehen.“ Schon die Wendung „in den meisten Fällen“ legt dar, dass es auch Fälle gibt, in denen der Begünstiger nicht den Zweck verfolgt, aus seiner Handlungsweise Vortheil zu ziehen. Ist dies Moment aber nicht allen Fällen der Begünstigung eigenthümlich, so ist es auch keines ihrer wesentlichen Merkmale, gehört nicht zum Thatbestand,

sondern tritt je nach Lage der Sache bald hinzu bald nicht hinzu. Daher muss der Grund der Strafbarkeit der Begünstigung ein anderer sein als die gewinnsüchtige Absicht. Sander, der die Beeinträchtigung der Rechtspflege nicht als Grund gelten lässt, dennoch aber die Strafbarkeit der Begünstigung aufrecht halten will, kommt zu dem Schluss, „dass sie so nahe mit dem am Einzelnen begangenen Verbrechen zusammenhängt, dass sie davon nicht gänzlich zu trennen und daher auch nicht zu einem selbstständigen Verbrechen zu bestellen ist.“ Der elastische Ausdruck „nahe zusammenhängt“ zeigt die Verlegenheit, in der sich Sander befindet. Er möchte die Begünstigung nicht als Theilnahme bestrafen, weil er seine eigene Ansicht dahin ausgesprochen hat, dass die Begünstigung in keiner Weise zur Theilnahme gerechnet werden kann; und findet doch sonst keinen Grund für ihre Strafbarkeit. Statt sorgsam zu prüfen, ob Martin nicht das Richtige getroffen hat, bemüht er sich nur, immer neue Gründe dagegen anzuführen, und bemerkt: da Zweck und rechtswidriger Vorsatz das Verhältniss einer Handlung im strafrechtlichen Sinne wesentlich bestimmen, da dem Begünstiger aber Verheimlichung und Verhehlung des Verbrechens und des Verbrechers nicht Zweck und rechtswidriger Vorsatz sind, sondern der eigene Vorthail, so kann man die allgemeine Natur der Begünstigung als eines gegen die Allgemeinheit gerichteten Handelns nicht finden.“ Diese Worte enthalten nur in breiterer Ausführung eine Wiederholung des von ihm zuerst gegen Martin angeführten Grundes, der dadurch nicht besser wird.

Der Umstand, dass Sander an dem richtigen Grunde für die Bestrafung der Begünstigung vorübergegangen ist, hat den Widerspruch verursacht, in den er sich verwickelt, wenn er auf Seite 443 sagt, die Begünstigung könne nicht zur Theilnahme gerechnet werden, und auf Seite 446, man könne die Begünstigung nicht zu einem selbstständigen Verbrechen bestellen. Was sie denn sein soll, wenn sie weder Theilnahme, noch ein selbstständiges Verbrechen ist, hat Sander nicht angegeben. Wo er sie definirt, räumt er ihr die selbst-

8 col!

ständige Natur ein; wo er den Grund der Strafbarkeit sucht, beschränkt er wieder den bereits eingeräumten Charakter, um auf Grund eines nahen Zusammenhängens mit dem am Einzelnen begangenen Verbrechen, also doch, was er freilich nicht sagt, auf Grund irgend einer Art von Theilnahme in abgeschwächter Form, die Strafbarkeit zu retten.

Noch ein anderer Punkt in Sander's Auseinandersetzung ist auffallend. Wenn er sagt, Martin will die Begünstigung als ein besonderes selbstständiges Polizeivergehen ansehen, so muss ihm bewusst sein, dass Martin damit nicht die unhaltbare Behauptung aufstellen wollte, sie sei ein Polizeivergehen, das für sich allein, ohne Beziehung auf ein Verbrechen, vorkommen könne, sondern dass er damit habe sagen wollen, sie sei ein Vergehen, das kraft seiner von der Theilnahme verschiedenen Natur nach eigenen, nicht nach den Grundsätzen über die Bestrafung der Theilnahme zu beurtheilen ist. Wenn es dann weiter unten heisst: „man muss anerkennen, dass die Begünstigung nicht zu einem selbstständigen, sondern Verbrechen zu bestellen ist“, so muss man annehmen, dass auch hier noch das Wort selbständig in demselben Sinne, nicht im Sinne einer für sich allein, ohne Beziehung zum Verbrechen möglichen Handlung zu verstehen ist. Aber gleich darauf heisst es: „Sie ist nicht selbständig für sich möglich, sondern entsteht, als in sich vollkommen erst durch Verbindung mit einem selbstständigen Verbrechen, und ist daher als Nebenverbrechen zu bezeichnen und zu beurtheilen.“ Hier ist der Ausdruck selbständig in ganz anderer Bedeutung gebraucht wie oben, und es scheint fast, als wollte Sander die Behauptung aufstellen, weil sie ein Nebenverbrechen ist, deshalb ist sie kein Polizeiverbrechen; weil sie nicht selbständig für sich vorkommen kann, deshalb hat sie auch nicht die Natur eines selbstständigen, nach eigenen Grundsätzen zu beurtheilenden Delikts; wobei die verschiedene Bedeutung des Wortes selbständig übersehen wäre. Sonach beruht der eine Grund, den Sander gegen Martin's Ansicht ins Feld führt, auf einem logischen Irrthum, der andere auf einer Anwendung des Wortes selbständig

in doppeltem Sinne. Ueberhaupt ist Sander's ganze Polemik gegen Martin befremdlich, da doch Martin Sander's eigene klar und sachgemäss entwickelte Ansicht von der selbstständigen, mit der Theilnahme nicht zu confundirenden Natur der Begünstigung nur weiter ausführt, und ihr eine Stelle im System anzuweisen bemüht ist, was Sander nicht weiter versucht hat. Hätte er nur gegen die specielle Bezeichnung als Polizeivergehen angekämpft, nicht gegen die allgemeine als Verbrechen gegen eine staatliche Institution, so wäre er im Recht gewesen. Die Maassnahmen zur Ergreifung flüchtiger Verbrecher und zur Aufspürung des entwendeten Gutes pflegen zwar von der Polizei auszugehen, und insofern wäre die Begünstigung ein Polizeivergehen; aber die Polizei handelt hier nur als Organ der Gerichte. Die Begünstigung ist daher mit Recht als ein Verbrechen gegen die Rechtspflege zu bezeichnen. Als solches leidet sie auch keinen Versuch; jede, auch die geringste Gegenwirkung gegen die Rechtspflege ist bereits Begünstigung. Die Vollendung der begonnenen Gegenwirkung ist nicht erforderlich. Vergl. Geyer in Holtz. Hdb. S. 424.

III. Thatbestand der Begünstigung.

1. Der objektive Thatbestand.

a) Die zeitlichen Grenzen der Begünstigung.

Wächter, in seinem Lehrb. S. 153 ff., reiht die pflichtwidrig unterlassene Anzeige eines geplanten Verbrechens unter den Begriff der Begünstigung. Wenn auch der gewöhnliche Sprachgebrauch in diesem Falle von Begünstigung reden könnte, so liegt doch eine Begünstigung im juristischen Sinne nicht vor. Es ist gar kein Objekt vorhanden, dessen Rechtssphäre durch unterlassene Anzeige eines geplanten Verbrechens verletzt würde. Beistandshandlungen sind erst möglich, sobald ein Versuch, ein Anfang der Ausführung vorliegt. Dann aber charakterisiren sich die Beistandshandlungen, soweit sie bis zum Moment der Vollendung des Verbrechens reichen, als Theilnahme, da das wesentliche Merkmal der

Begünstigung, der Eingriff in die Rechtspflege ihnen bis zu diesem Zeitpunkt abgeht. Bleibt es beim Versuch und kommt das Verbrechen nicht zur Ausführung, so fällt, falls der Versuch selber eine im Strafgesetz bedrohte Handlung darstellt, der Anfangspunkt der Begünstigung hinter den Moment der Vollendung des Versuchs.

Auch wenn vor der That das Versprechen gegeben wurde, nach vollendetem Verbrechen dem Thäter fortzuhelfen oder ihn aufzunehmen, oder ihm die errungenen Vortheile zu wahren, liegt keine Begünstigung vor, denn es erfolgt keine Gegenwirkung gegen die Strafrechtspflege; letztere wird erst nach vollendetem Verbrechen aktiv. Es erfolgt vielmehr eine Mitwirkung zum Entstehen der Rechtsverletzung; ohne das Versprechen, später förderlich sein zu wollen, wäre die Rechtsverletzung vielleicht gar nicht, oder nicht in so ausgedehntem Maasse, vorgefallen. Ob die Mitwirkung eine physische ist, in der Anfertigung eines Dietrichs besteht, oder eine psychische, als Bestärkung im verbrecherischen Vorsatz auftritt, ist nur von Einfluss auf die Eintheilung der Theilnahmehandlungen in verschiedene Arten, aber nicht von Einfluss auf Entscheidung der Frage, ob überhaupt Theilnahme vorliegt. Jede physische und psychische Mitwirkung zum Entstehen des Verbrechens qualificirt sich als Theilnahme: zunächst liegt eine Begünstigung nicht vor. Wird das Verbrechen ausgeführt, und bleiben die versprochenen Begünstigungshandlungen aus, so ist nur Theilnahme vorhanden. Wird indessen die Zusage erfüllt, so liegt Realkonkurrenz von Theilnahme und Begünstigung vor. Die Begünstigung in diesem Falle gänzlich in die Theilnahme aufgehen zu lassen, würde eine Ausdehnung des Begriffs der Theilnahme über die Vollendung des Verbrechens hinaus bedeuten. Eine solche Ausdehnung verwischt die klare Grenze zwischen Theilnahme und Begünstigung. Geyer in Holtz. Hdb. S. 422.

Kitka, Ueb. d. Zusammentref. mehr. Schuld. bei ein. Verbr. u. deren Strafbark. Wien 1840, S. 130, hat den Vorschlag gemacht, demjenigen, der nach vollendeter That zu helfen verspricht, den Namen Theilnehmer zu geben: „Nachdem

jemand in Beziehung auf ein Verbrechen wirklich auf die Art thätig sein kann, dass er sich bloß über die erst nach der That zu leistende Hilfe, oder über den erst nach der That zu beziehenden Gewinn mit dem Thäter vorläufig bloß einverstehet; so kann man allerdings auch von Theilnehmern sprechen.“ Mit diesem Ausdruck wird aber nur Verwirrung in das Verhältniss der Begünstigung zur Theilnahme gebracht; und Berner's Polemik dagegen, Theiln. S. 6, ist keineswegs so „unverständlich“, wie Köstlin l. c., S. 264, Anm. 1 meint. Berner bemerkt mit Recht: „Dasjenige, was Kitka hier Theilnahme nennt, ist in selbständiger Bedeutung gar nicht zu halten.“

Da alle Mitwirkung zur Ausführung der geplanten Rechtsverletzung als Theilnahme zu betrachten ist, so ist der erste Moment, in dem die Begünstigung ihre Rolle spielen kann, der Moment nach der Rechtsverletzung, nach der Uebertretung des Strafgesetzes. Will man mit Berner Lehrb. § 100 ein Verbrechen vollendet nennen, sobald die Handlung den Begriff desselben verwirklicht hat, so fällt der Moment unmittelbar hinter die Verwirklichung des Begriffs.

Geyer l. c., S. 421 erklärt: „Nicht der Moment der Vollendung des Verbrechens ist der entscheidende Zeitpunkt, nach welchem zu bestimmen ist, ob noch Theilnahme an dem Verbrechen, oder nur Begünstigung desselben möglich ist. Die Vollendung des Verbrechens ist nicht selten schon vorhanden, ehe der von dem Verbrecher beabsichtigte Erfolg, welcher das Verbrechen als Uebelthat charakterisirt, eingetreten ist, so dass jene formelle Vollendung oder Consummation noch bei weitem nicht mit der materiellen Consummation zusammenfällt. Wer zu der letzteren wesentlich beiträgt, ist nicht Begünstiger. So also derjenige, der dem Diebe die gestohlene Sache mit wegtragen hilft, oder wer die Löschung des gestifteten Brandes zu verhindern strebt.“ Ueber den Moment der Vollendung des Diebstahls können die Ansichten verschieden sein, je nachdem man der Contraktationstheorie, oder der Ablationstheorie, oder der Apprehensionstheorie huldigt. Fordert man das Forttragen der gestohlenen Sache

zur Vollendung des Diebstahls, so liesse sich, wer beim Forttragen behilflich ist, als Theilnehmer bezeichnen. Ist aber schon mit dem Wegnehmen, oder gar schon mit dem Berühren der Diebstahl vollendet, so ist, wer forttragen hilft, nicht Theilnehmer, sondern Begünstiger. Die Apprehensionstheorie wird heute allgemein gebilligt; auch das Deutsche Strafgesb. verlangt das Wegnehmen der fremden Sache aus fremdem Gewahrsam. Demnach ist, wer die gestohlene Sache mit forttragen hilft, nicht Theilnehmer, sondern Begünstiger; es liegt keine Mitwirkung zum Entstehen der Rechtsverletzung vor, sondern eine Förderung ihrer Fortdauer. Ob es dem Diebe gelingt, die gestohlene Sache in Sicherheit zu bringen, oder ob er sie in's Wasser wirft, ist für den Thatbestand gleichgültig. Derselbe liegt schon vorher mit allen seinen Erfordernissen vor.

Auch abgesehen von diesem einzelnen Fall ist Geyer's ganze Auffassung des Begriffs Vollendung irrthümlich und mit Nachdruck zurückzuweisen. Für diejenigen Verbrechen, die nicht ihrer Natur nach zur Vollendung den Eintritt eines Erfolges verlangen, wie der Mord, ist der Eintritt des Erfolges ganz einflusslos; und auch bei denen, die einen Erfolg zur Verwirklichung ihres Begriffs fordern, ist nicht der Erfolg für den Moment der Vollendung entscheidend, sondern die Rechtsverletzung. Das Verbrechen ist vollendet, sobald die Rechtsverletzung perfekt wurde. Der Unterschied zwischen formaler und materieller Consumation, wobei erstere vorliegen soll, sobald das Strafgesetz verletzt ist, ohne dass der Verbrecher seinen Zweck erreicht hat, letztere, sobald der Verbrecher seinen Zweck erreicht hat, ist nicht haltbar. Es gibt im strafrechtlichen Sinne nicht zwei Vollendungen, sondern nur Eine. Sie tritt ein, sobald sich der Begriff des Verbrechens verwirklicht hat, oder, praktisch ausgedrückt, sobald das Strafgesetz verletzt ist. Schon Köstlin l. c. S. 251 und noch schärfer Berner Lehrb. § 74 Anm. 4 haben sich gegen die Eintheilung in materielle und formale Verbrechen ausgesprochen.

Wer Beistand leistet bevor die Rechtsverletzung perfekt

wurde, ist Theilnehmer; wer Beistand leistet nach geschehener Rechtsverletzung ist Begünstiger. Geyer ist daher im Unrecht, wenn er meint, der Moment der Vollendung des Verbrechens sei nicht der entscheidende Zeitpunkt, zu bestimmen, ob Theilnahme oder Begünstigung vorliegt. Er folgert diese Ansicht aus dem Umstand, dass die Begünstigung eine Förderung der Fortdauer des durch das Verbrechen zur Existenz gekommenen Uebels ist. Das letztere ist richtig, aber die Förderung der Fortdauer beginnt hinter dem Moment der richtig gefassten Vollendung. Der Sinn seiner Worte: „wer zur letzteren (zur materiellen Consummation) beiträgt, ist nicht Begünstiger“, ist übrigens nicht recht klar. Sollen sie einen solchen als Theilnehmer bezeichnen, so wird der Begriff Theilnahme über sein Wesen hinaus ausgedehnt; soll auf dem Worte „letzteren“ ein Accent liegen, so möchte man glauben, Geyer wollte den, der zur formellen Consummation beiträgt, Begünstiger nennen.

Auch Sander, l. c. 1838 S. 459, geräth beim Begriff Vollendung auf Abwege. In seiner Polemik gegen die Ausdrucksweise des Badischen und Württembergischen Entwurfs bemerkt er: „Nirgends wird in beiden Entwürfen von der Vollendung des Verbrechens gesprochen, sondern beide wollen dies zwar durch den Ausdruck nach vollbrachter That bezeichnen, bezeichnen es aber damit nicht, weil der Sinn des Ausdrucks „vollbrachte That eines Vergehens“ keineswegs mit dem Begriff eines vollendeten Verbrechens gleichbedeutend ist“. Wenn man den Ausdruck „nach vollbrachter That“ im strafrechtlichen Sinne versteht, wie man ihn verstehen muss, so fällt er mit dem Begriff Vollendung zusammen. Wenn man freilich unter „vollbrachter That“ eine That verstehen will, die gar kein Vergehen ist, höchstens ein Versuch dazu, so hätte Sander recht. Er sagt: „Nehmen wir z. B. an, ein Neffe vergiftet seinen Oheim, um ihn zu beerben, und wenn er nun das Gift in das Getränk des Oheims mischt, und es ihm überreicht, so ist damit seine That der Vergiftung vollbracht.“ Wie seltsam diese Vorstellung ist, zeigen die Folgerungen, die daraus entspringen. Ist die That

damit vollbracht, so würde der Neffe wegen Giftmordes zu strafen sein, auch wenn er, von Gewissensbissen geplagt, den Trank zurückzieht, oder wenn der Onkel den Becher ausschüttet. Nach dieser Vorstellung wäre der Mord vollbracht, sobald der Dolch gezückt wird, die Wechselfälschung, sobald die Feder in die Hand genommen ist.

Richtig verstanden fallen die Ausdrücke vollbrachte That und Vollendung zusammen; jene Gesetzbücher sind daher im Recht, wenn sie den als Begünstiger strafen, der nach vollbrachter That Beistand leistet.

Etwas anderes ist es mit denjenigen Verbrechen, zu deren Strafbarkeit das Gesetz den Eintritt eines bestimmten, vom Verbrecher vielleicht gar nicht gewollten Erfolges verlangt. So bestimmt § 152 des D. Strafg.: „Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten und seinen Mitschuldigen mit Gefängniss bis zu sechs Monaten bestraft.“ Tritt keine Scheidung ein, so bleibt der Ehebruch straflos. Hier könnte man im Zweifel sein, wann das Verbrechen vollendet ist. Den Charakter einer strafrechtlichen Handlung erhält der Ehebruch erst durch die Trennung der Ehe. Hält man sich aber an die richtige Definition des Begriffs Vollendung, wonach ein Verbrechen vollendet ist, sobald die verbrecherische Absicht verwirklicht wurde, so ist zur Vollendung des Ehebruchs die Scheidung nicht erforderlich. Freilich liesse sich hier wieder einwenden, dass der Ehebruch gar nicht die Verwirklichung eines verbrecherischen Willens darstellt, da doch jede Realisirung des verbrecherischen Willens eine Rechtsverletzung enthält, in sehr vielen Fällen eine solche aber im strafrechtlichen Sinne gar nicht vorliegt. Erwägt man indessen, dass der Thatbestand des Verbrechens derselbe bleibt, ob die Ehe geschieden wird oder nicht, dass kein einziges neues Moment hinzukommt, so wäre es ungereimt, die Vollendung des Verbrechens erst in einem Zeitpunkt anzunehmen der weit hinter der Erfüllung des Thatbestandes liegt. Genau derselbe Grund, aus dem später unter gewissen Bedingungen Strafe eintritt, die Verletzung der Heiligkeit der Ehe, liegt von dem Augen-

blick an vor, wo der Ehebruch perfekt ist. Der Grund spricht schon mit derselben Stärke wie später für die Bestrafung; er wird nur deshalb nicht berücksichtigt, weil ein stärkerer Grund für die einstweilige Aussetzung der Strafe spricht. Man will den Eheleuten die Möglichkeit wahren, wenigstens der Welt gegenüber die Ehre zu retten. Auch würde das Ruchbarwerden, das mit der Bestrafung eintreten muss, die Versöhnung erschweren. Liegt somit die Vollendung des Verbrechens im Moment des Ehebruchs vor, so wären Begünstigungshandlungen an sich möglich. Da aber das charakteristische Merkmal der Begünstigung die Gegenwirkung gegen die Rechtspflege ist, so können sie erst nach der Scheidung auftreten, da die Rechtspflege erst jetzt aktiv werden darf. Sie werden sich dann meistens auf die Mitschuldigen, weniger auf die Hauptschuldigen beziehen.

Weniger schwierig als der Anfangspunkt ist der Endpunkt der Begünstigung zu bestimmen. Sobald das Urtheil rechtskräftig geworden ist, kann eine Begünstigung nicht mehr stattfinden, da die Rechtspflege nicht mehr wirksam ist. Ein Verbrechen ist jetzt nicht mehr vorhanden, der Bruch der Rechtsordnung geheilt. Aber bis zur Rechtskraft, nicht etwa nur bis zur Verhaftung, sind Begünstigungshandlungen möglich. Gerade während der Zeit der Verhaftung erreicht die Wirksamkeit der Rechtspflege ihren Höhepunkt. Ist jemand wegen Diebstahls verhaftet, und handelt es sich um den Nachweis, dass der Diebstahl ein schwerer war, so ist derjenige, der die Spuren des Einbruchs zu verwischen sucht, als Begünstiger zu betrachten. Die Befreiung eines Verbrechers aus der Hand des arretirenden Beamten ist, soweit nicht Widerstand gegen die Staatsgewalt vorliegt, ebenso unzweifelhaft Begünstigung, wie die Befreiung eines Verbrechers aus der Untersuchungshaft. Beide Handlungen sind recht drastische Verzögerungen der Bestrafung, Förderungen der Fortdauer der Rechtsverletzung. Dagegen ist die Befreiung eines bereits verurtheilten Verbrechers aus den Händen des ihn in's Gefängniss transportirenden Beamten, oder aus dem Gefängniss selber, nicht mehr Begünstigung. Die Rechts-

verletzung ist durch die Verurtheilung aus der Welt geschafft; die Rechtspflege hat ihre Wirksamkeit beendet. Werden die Verhandlungen in Folge neuer Momente später wieder aufgenommen, so können auch Begünstigungshandlungen wieder eine Rolle spielen.

b) Die accessorische Natur der Begünstigung.

Nicht um auf die selbstverständliche Thatsache hinzuweisen, dass die Begünstigung ohne Beziehung zu einem Verbrechen undenkbar ist, dass sie sich nach der strafrechtlichen Terminologie als Nebenverbrechen darstellt, wird ihre accessorische Natur besonders erwähnt; sondern um die Verbrechen anzuführen, an die sich die Begünstigung schliessen kann, und um die Art der Beziehung zum Verbrechen zu kennzeichnen.

Da die Begünstigung eine Gegenwirkung gegen die Rechtspflege ist, so verschlägt es an sich nichts, ob die Rechtspflege zur Entdeckung und Ahndung einer schwereren oder einer minder schweren Rechtsverletzung wirksam wird. Bei einer Uebertretung ist Begünstigung ebenso gut möglich, wie bei einem Vergehen, oder einem Verbrechen. Ob sich bei ersterer ihre Bestrafung empfiehlt, ist eine andere Frage. Wie bei den verschiedenen Abstufungen der rechtswidrigen Handlungen, so ist sie auch bei jeder einzelnen Art innerhalb dieser Abstufungen möglich. Werden es auch meistens die Vermögensverbrechen sein, an die sie sich lehnt, so ist sie doch auch bei andern nicht ausgeschlossen. Ob das Hauptverbrechen dolos oder culpos begangen wird, ist für den Thatbestand der Begünstigung ohne Einfluss. Die Rechtspflege tritt bei einem culposen Verbrechen nicht minder in Wirksamkeit, wie bei einem dolosen.

Die Frage, ob auch die Begünstigung selber das Hauptverbrechen sein kann, an das sich die Begünstigung lehnt, ist lebhaft discutirt worden. Man hat neuerdings diese Frage bejaht. Geyer im Hdb. S. 425; Oppenhoff l. c. § 257, Anm. 1; Schwarze l. c. § 257, Anm. 11. Dass Begünstigung der Be-

günstigung an sich möglich ist, kann nicht bestritten werden. Sie wird sich aber in sehr vielen Fällen als Begünstigung des Hauptthäters gestalten. Eine Begünstigung der Theilnahme wird hingegen nur in seltenen Fällen den letzteren Charakter annehmen.

Die Beziehung zum Verbrechen muss eine derartige sein, dass sie eine thatsächliche Gegenwirkung gegen die aktiv gewordene Rechtspflege enthält. Wer sich über den Verbrecher und seine That nur anerkennend äussern wollte, kann, wenn auch durch diese Anerkennung Andere bewogen werden sollten, ihm fortzuhelfen, nicht als Begünstiger gelten, da durch Worte die Rechtspflege nicht paralysirt wird. Vielmehr muss eine Handlung vorliegen, die dem Verbrecher von entschiedenem Vortheil ist, die der Sicherung seiner Person oder seines verbrecherischen Erwerbes dient.

Der objektive Thatbestand verlangt mithin eine Handlung, die zwischen dem Moment der Vollendung der strafgesetzwidrigen That und dem Moment der Rechtskraft des Urtheils liegt; diese Handlung muss für den Verbrecher von Vortheil sein.

2. Der subjective Thatbestand.

Es gibt zwar Begünstigung kulposer Verbrechen, es gibt aber keine kulpose Begünstigung. Buri's Annahme einer kulposen Begünstigung, Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung, S. 88, würde nur dann eine besondere Zurückweisung erfordern, wenn er den Begriff Begünstigung ebenso gefasst hätte, wie es heute allgemein geschieht. Er versteht darunter aber ganz andere Dinge. Der Grund für die allgemeine Zurückweisung kulposer Begünstigung liegt darin, dass das wesentliche Moment der kulposen Handlung, nämlich die Möglichkeit, sie bei grösserer Achtsamkeit zu vermeiden, dem Begriff der Begünstigung völlig fremd ist. Bei der kulposen Handlung ist das Ziel, das jemand erreichen will, verschieden von dem Ziel, das er wirklich erreicht. Bei der dolosen Handlung ist das Ziel, das

jemand erreichen will, dasselbe wie das nun wirklich erreichte. Der Begünstiger kommt, wenn er seine Thätigkeit durchführt, zu dem Ziel, das er von vornherein im Auge hatte; eine kulpöse Begünstigung ist daher ausgeschlossen.

Es fragt sich weiter, worin der dolus bei der Begünstigung zu bestehen hat. Es wäre irrthümlich, nur die Kenntniss vom Verbrechen zu verlangen. In zahlreichen Fällen werden rechtswidrig erworbene Sachen mit Kenntniss vom Verbrechen angenommen und weiter gegeben, ohne dass die Absicht besteht, dem Thäter durch Gegenwirkung gegen die Rechtspflege nützlich zu sein. Diese Absicht ist aber für den subjektiven Thatbestand der Begünstigung entscheidend. Liegt der Wille, der Rechtspflege in den Arm zu fallen, nicht vor, so ist keine Begünstigung vorhanden, da sie kulpos nicht begangen werden kann. Für Handlungen, die dem Hauptthäter, ohne die Absicht des Handelnden, als Gegenwirkung gegen die Rechtspflege von Vortheil sind, kann der Handelnde aus dem Gesichtspunkt der Begünstigung nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Es genügt demnach nicht die Kenntniss des Verbrechens, sondern unter dolus bei der Begünstigung ist die Absicht zu verstehen, die Rechtspflege aufzuhalten, oder, was dasselbe ist, dem Thäter förderlich zu sein. In dieser Absicht ist die Kenntniss vom Verbrechen eingeschlossen, nicht aber jene in dieser. Wer sich entschliesst, der Rechtspflege ein Hinderniss in den Weg zu legen, muss in jedem Fall wissen, dass ein Verbrechen verübt ist; wer aber Kenntniss von einem Verbrechen hat, braucht nicht in jedem Fall die Absicht zu haben, den Thäter zu unterstützen. Das Moment der Kenntniss vom Verbrechen gehört zwar zum Thatbestand, wird aber erst bedeutungsvoll, wenn es sich nach Feststellung des Thatbestandes um die Höhe der Strafe handelt. Sie richtet sich nach der speziellen Art der Kenntniss vom Verbrechen. Wie nothwendig es ist, die Absicht einer Gegenwirkung gegen die Rechtspflege zu verlangen, zeigt z. B. der Fall, wo jemand einen Verbrecher, der ihn im Falle der Weigerung mit dem Tode bedroht, bei sich aufnimmt. Wollte man unter dolus nur

Kenntniss vom Verbrechen verstehen, so müsste der mit dem Tode bedrohte wegen Begünstigung bestraft werden.

IV. Arten der Begünstigung.

Die verschiedenen Formen, in denen die Begünstigung auftreten kann, lassen sich in zwei Klassen theilen: in solche, die der Person des Verbrechers dienen, und in solche, die der Wahrung der errungenen Vortheile gelten. Letztere sind nur bei Vermögensverbrechen möglich, erstere bei jeder Art von rechtswidrigen Handlungen. Dass speziell Begünstigungen der Theilnehmer und der Begünstiger nur als Sicherung der Person auftreten können, liegt darin enthalten, dass die Sicherung der Vortheile nur bei Vermögensverbrechen möglich ist.

Handlungen, die der Person gelten, liegen z. B. vor, wenn der Verbrecher aufgenommen wird, wenn man ihm zur Flucht verhilft, wenn man eine falsche Richtung seiner Flucht angibt, wenn man den Verbrecher mit Lebensmitteln ausrüstet, die über die Stillung des gegenwärtigen Hungers und Durstes hinausgehen.

Viel verschiedenere Formen können die Begünstigungshandlungen annehmen, die der Sicherung der Vortheile gelten. Dahin gehören die Aufbewahrung des unredlich erworbenen Gutes, sei es des ganzen, oder eines Theiles; das letztere ist nicht minder rechtswidrig, wie das erstere, da die Identität der Sache um so schwerer festgestellt werden kann, in je mehr Händen sie sich befindet. Ferner der Mitgeuss der entwendeten Speisen und Getränke für den Fall, dass der Verbrecher die schnelle Consumption gewünscht hat, damit die Sachen bei ihm nicht mehr angetroffen werden; ein Mitgenuss, dem die Absicht, dem Verbrecher förderlich zu sein, nicht innewohnt, ist nicht rechtswidrig. Ferner die Unterdrückung von Beweismitteln: das Fortschaffen vergifteter Speisen und Getränke; das Verbergen der Leiche des Ermordeten; die Vernichtung von Urkunden; das Entfernen der Blutspuren aus dem Zimmer oder aus den vom Verbrecher

abgelegten und zurückgelassenen Kleidern; das Fortnehmen der Leiter, auf der der Verbrecher aus dem Fenster herabgestiegen ist. Ferner die Vergrößerung des gestifteten Brandes, falls sie in der Absicht geschieht, dem Verbrecher mehr Zeit zum Diebstahl zu lassen. Dann auch die Verbreitung gefälschter Münzen, falls das Gesetz schon die Anfertigung für strafbar erklärt, und falls nicht ein anderes Verbrechen, etwa Betrug, vorliegt; die Ausgabe der gefälschten Münzen wäre Betrug, werden sie aber zu jemand hingschafft, der sie ausgeben soll, ohne dass der Ueberbringer ihn dazu veranlasst, so liegt Begünstigung vor. Auch liegt kein Grund vor, eine Beistandsleistung nach vollendetem Verbrechen nur deshalb nicht als Begünstigung aufzufassen, weil sie sich als Unterlassungshandlung darstellt. Das Nichtversperren des Thorwegs, in der Absicht, den Dieb entkommen zu lassen, ist ebenfalls Begünstigung.

Auch in der Form der Anstiftung zu allen diesen Handlungen, mögen sie der Person oder der Wahrung der Vortheile gelten, kann die Begünstigung auftreten. Fehlt aber dem Anstifter die Absicht, dem Hauptthäter einen Dienst zu erweisen, was selten vorkommen wird, so wird er nach den Grundsätzen gestraft, die über die Bestrafung der Anstiftung gelten; als Thäter würde ihm dann der Begünstiger des Hauptthäters gegenüberstehen. Entsprechend verhält es sich mit der Begünstigung in der Form der Theilnahme an der Begünstigung; fehlt einem solchen Theilnehmer die Absicht, zu Gunsten des Hauptthäters mit gegen die Rechtspflege zu wirken, so wird er nicht als Begünstiger, sondern als Theilnehmer bestraft.

Jede Begünstigungshandlung kann aus Gewinnsucht unternommen sein; aber die gewinnsüchtige Absicht gehört nicht zum Thatbestand, sondern übt nur Einfluss auf die Höhe der Strafe. Es mag sich empfehlen, die Begünstigungshandlungen, bei denen die gewinnsüchtige Absicht mitwirkt, mit einem besonderen Namen zu bezeichnen, um sie erstens von den anderen Begünstigungshandlungen zu trennen, und zweitens von denjenigen, denen zum Charakter der Begünstigung

das Moment der absichtlichen Gegenwirkung gegen die Rechtspflege fehlt, die aber im Resultat auf dasselbe hinauslaufen. Es sind die Handlungen, die der § 259 des D. Stgb. erwähnt. Tritt jenes Moment bei diesen Handlungen hinzu, so liegt Idealkonkurrenz von Begünstigung und dem Verbrechen vor, das diese Handlungen für sich bilden. Diese Idealkonkurrenz war es, die der Gesetzgeber nicht berücksichtigen wollte. Das Moment der Begünstigung war ihm hier rechtlich gleichgültig. Es mag ja für die Handhabung der Strafrechtspflege vereinfachend sein, wenn die Idealkonkurrenz hier übersehen wird, aber wissenschaftlich kann man dies Verfahren nicht nennen; in der Wissenschaft sind Zweckmässigkeitsgründe vom Uebel, sie hat ihre allgemeinen Grundsätze in jedem einzelnen Fall durchzuführen, oder, wenn sich dies mit dem Leben nicht verträgt, zu ändern. Wer seines Vortheils wegen Sachen, von denen er weiss, dass sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, zum Pfande nimmt und dabei die Absicht hat, gegen die Rechtspflege und ihr Interesse an der Bestrafung des Verbrechers zu wirken, verletzt mit seiner Handlung mehrere strafgesetzliche Bestimmungen; seine Handlung ist daher nach den Grundsätzen der Idealkonkurrenz zu betrachten.

Es kann hier nicht ausgeführt werden, welches Verbrechen die Handlungen des § 259 bilden, da sie der Begünstigung genau so fremd gegenüberstehen, wie jedes andere Verbrechen, das mit der Begünstigung in Idealkonkurrenz treten kann. Erwähnt sei aber, dass sie sich am besten als strafbaren Eigennutz auffassen lassen und daher etwa zwischen den §§ 292 und 293 einzureihen sind. Bei den Bestimmungen über die Begünstigung zu stehen, haben sie ebenso wenig ein Recht, wie die andern Verbrechen, die mit der Begünstigung konkurriren können. Der Gesetzgeber hat sie aber nicht nur an dieser Stelle erwähnt, sondern er hat ihnen sogar denselben Namen gegeben, wie einem Theile der Begünstigungshandlungen. Vergehen, deren Thatbestand ein ganz verschiedener ist, die nur unter Umständen zusammenfallen, erhalten dieselbe Bezeichnung. Wäre wenigstens noch das

Moment der absichtlichen Gegenwirkung gegen die Rechtspflege bei den Handlungen des § 259 nicht gleichgültig, so könnte man ihre Bezeichnung als Hehlerei allenfalls hinnehmen, weil dann unter Umständen wirklich Hehlerei vorliegt, wenn auch niemals für sich allein; da jenes Moment aber rechtlich gleichgültig ist, so ist das Verfahren des Gesetzgebers als unzulässig zurückzuweisen. Schwarze bemerkt zu § 259, es seien diese Handlungen von der Begünstigung losgelöst, weil der Vortheil des Handelnden, nicht aber an sich die Begünstigung des Thäters maassgebend ist. Das ist ganz richtig interpretirt, aber dass man so interpretiren muss, ist gerade das Bedenkliche. Liegt ein Präcedenzfall vor, so ist kein Grund vorhanden, nicht auch beim gewaltsamen Incest, das eine oder das andere Moment einfach zu übersehen.

Auch ausserhalb des § 259 ist der Name Hehlerei nicht glücklich angewendet. Es ist nicht einzusehen, weshalb die gewinnsüchtige Absicht bei den Vermögensverbrechen mehr betont werden soll, als bei andern Verbrechen. Sie mag hier häufiger vorkommen; das ist aber kein Grund, jene Verbrechen von diesen zu trennen. Ein Anderes wäre es, die Begünstigungshandlungen in gewinnsüchtiger Absicht von den Begünstigungshandlungen ohne diese Absicht durch einen besonderen Namen zu trennen, und jene als schwere Begünstigung zu bezeichnen, diese als einfache.

Die Worte „als Hehler“ sind im § 258 überflüssig, im § 259 falsch. Besonders hohe Strafen für die gewinnsüchtige Begünstigung bei Vermögensverbrechen zu erlassen, mag praktisch werthvoll sein; nur soll man in diesem Falle nicht einen besonderen Namen einführen, da verschiedene Begriffe nicht vorliegen. Wissenschaftlich wird es sich übrigens schwerlich rechtfertigen lassen, die gewinnsüchtige Absicht bei den Vermögensverbrechen besonders schwer zu strafen. Es ist nicht einzusehen, weshalb z. B. die gewinnsüchtige Begünstigung der Abtreibung minder schwer zu strafen ist, als die gewinnsüchtige Begünstigung des Raubes. Nach dem Strgb. kann erstere nur mit Gefängniss bestraft werden, letztere mit Zuchthaus.

Entschliesst man sich, den in verschiedenen Bedeutungen gebräuchlichen Ausdruck Hehler über Bord zu werfen, so wird in die Lehre von der Begünstigung weit mehr Klarheit kommen. Wir haben dann Begünstigungshandlungen mit gewinnsüchtiger Absicht, und ohne gewinnsüchtige Absicht, wenn man will, schwere Begünstigung und einfache Begünstigung. Der Thatbestand ist immer derselbe; die gewinnsüchtige Absicht entscheidet nur über die Höhe der Strafe. Getrennt davon stehen die Handlungen des § 259, die als strafbarer Eigennutz zu betrachten sind; sie können, wie viele andere Verbrechen, mit der Begünstigung konkurriren.

Besondere Beachtung verdient noch die gewerbsmässige Begünstigung. Es wird darunter nicht immer das Richtige verstanden. Das Versprechen der Hilfe nach vollendetem Verbrechen ist nicht Begünstigung, sondern Theilnahme; wird das Versprechen hinterher erfüllt, so liegt Realkonkurrenz von Theilnahme und Begünstigung vor. Hat derjenige, der Hilfe nach der That verspricht, dies Versprechen schon vielen Personen gegeben, und bilden die pekuniären Vortheile, die er aus der Hilfe zieht, einen grösseren Theil seines Einkommens, als ein anderes Gewerbe, das er etwa sonst noch betreibt, ihm abwirft, so liegt in all den Fällen, wo die Zusage erfüllt wird, Konkurrenz von gewerbsmässiger Theilnahme und gewerbsmässiger Begünstigung vor. In jedem der Fälle aber, in denen das Versprechen nicht ausdrücklich gegeben wurde, sondern vielleicht nur durch konkludente Handlungen, liegt keine Mitwirkung zum Entstehen der Rechtsverletzung, also keine Theilnahme vor; vielmehr ist dann, falls die Hilfe häufig geleistet wird, und das erwähnte Moment hinzukommt, gewerbsmässige Begünstigung vorhanden.

Bisweilen, jedoch immer seltener, wird noch unter die Begünstigungshandlungen die Nichtanzeige eines begangenen Verbrechens gerechnet. Da hierin aber keine thatsächliche Gegenwirkung gegen die Rechtspflege liegt, so ist Begünstigung nicht vorhanden; und zwar noch weniger als im Falle der Billigung des Verbrechens. Ob in der Nichtanzeige unter

Umständen ein selbständiges Delikt zu finden ist, kann hier nicht erörtert werden.

Bezüglich der Personen der Begünstiger wäre noch zu erwähnen, dass der Theilnehmer hinterher als Begünstiger des Urhebers oder eines anderen Theilnehmers auftreten kann; es liegt dann derselbe Fall vor, wie die Erfüllung der vorher ausdrücklich gegebenen Zusage der Hilfe nach der That, der Fall der Realkonkurrenz von Theilnahme und Begünstigung. Der Theilnehmer kann auch, vor oder nach Vollendung des Verbrechens, als Anstifter zur Begünstigung des Urhebers oder eines anderen Theilnehmers auftreten. Der Urheber aber kann nicht als Begünstiger oder Anstifter zur Begünstigung bei seinem eigenen Verbrechen zur Rechenschaft gezogen werden. Eine solche Handlung kann ebensowenig wie die Selbstbefreiung eines Gefangenen der Strafe unterliegen.

Als wesentliche Eigenschaften der Begünstigung haben sich folgende ergeben: sie ist keine Theilnahme, sondern ein selbständiges, nach eigenen Grundsätzen zu betrachtendes und zu bestrafendes Vergehen, und zwar ein Vergehen gegen die Rechtspflege. Der erste Moment, in dem sie möglich ist, ist der Moment nach der Vollendung des Verbrechens, der letzte der Moment vor dem Eintritt der Rechtskraft des Urtheils. Sie muss für den Thäter von thatsächlichem Vortheil sein. Sie muss in der Absicht begangen werden, gegen die Rechtspflege zu wirken. Endlich besteht sie in der Sicherung der Person des Verbrechers, oder in der Wahrung seiner Vortheile aus dem Verbrechen. Hiermit könnten diese Zeilen für abgeschlossen gelten. Es ist nicht Aufgabe der Wissenschaft, die Höhe der Strafe eines Delikts zu normiren. Das hat sie dem Gesetzgeber zu überlassen. Pflicht der Wissenschaft ist es nur, denen, die zur Gesetzgebung berufen sind, die wesentlichen Momente eines Delikts klar vor Augen zu führen. Nur als Abschluss sollen hier noch einige Worte über die Strafe der Begünstigung folgen.

V. Die Strafe der Begünstigung.

Der Grund für die Strafe der Begünstigung ist die Gegenwirkung gegen die Rechtspflege. Die Voraussetzung der Strafe ist die absichtliche Gegenwirkung. Die Art und Höhe der Strafe bemessen sich nach der speziellen Art der Kenntniss vom Hauptverbrechen, und nach der gewinnsüchtigen oder nicht gewinnsüchtigen Absicht. Dagegen kann es auf die Höhe der Strafe keinen Einfluss haben, ob die Begünstigungshandlung der Sicherung der Person des Verbrechers oder der Sicherung seiner Vorthelle aus dem Verbrechen gilt. Die Annahme, dass sich bei der einen von diesen beiden Begünstigungshandlungen ein höherer Grad verbrecherischen Willens bekundet, als bei der andern, ist nicht haltbar. Wie wenig eine solche Annahme in der Natur der Sache begründet wäre, ergibt sich schon daraus, dass die entgegengesetzten Ansichten vertreten worden sind. Das Hann. Ges. Art. 75 straft die Begünstigung, die der Person des Verbrechers gilt, gelinder als die Begünstigung, die sich auf die Wahrung seiner Vorthelle bezieht. Wolthers, *diss. de auctoribus, sociis et fautoribus delictorum eorumque poenis*, p. 185—186 ist der entgegengesetzten Ansicht. Geib l. c. § 112 führt als Anhänger der ersteren Ansicht auch Sander an. Sander aber l. c. 1839, S. 402 stellt nicht die Sicherung der Person der Sicherung ihrer Vorthelle gegenüber, sondern die Rücksicht des Begünstigers auf seine eigene Person seiner Rücksicht auf den Verbrecher. Im Fall der Rücksicht auf seine eigene Person, also im Falle des Eigennutzes will er strengere Strafe eintreten lassen, als im Falle der Rücksicht auf den Verbrecher allein.

Nicht das Hauptverbrechen an sich ist maassgebend für die Höhe der Strafe, sondern die spezielle Art der Kenntniss vom Hauptverbrechen. Es ist ungereimt, jemand, der eine Uebertretung zu begünstigen glaubt, und es liegt ein Verbrechen vor, ebenso streng zu bestrafen, wie wenn er gewusst hätte, dass er ein Verbrechen begünstige. Die äusserste Consequenz dieser verkehrten Ansicht ist im Sächs.

11 Gesb. Art. 38 gezogen, wo als Strafe der Begünstigung ein Drittel der Strafe des Hauptverbrechens bestimmt wird. Danach müsste jemand, der einen Mundraub zu begünstigen meint, und es handelt sich um einen schweren Diebstahl, in's Zuchthaus kommen.

Hält der Begünstiger das begangene Delikt für eine Uebertretung, und es ist ein Vergehen, so kann er nur als Begünstiger einer Uebertretung gestraft werden; erklärt das Gesetz aber die Begünstigung einer Uebertretung für straflos, so kann er überhaupt keine Strafe erhalten. Hält er es für ein Vergehen, und es ist ein Verbrechen, so kann er nur als Begünstiger eines Vergehens gestraft werden. Glaubt er aber, dass er es überhaupt nicht mit einem Delikt zu thun hat, so bleibt er straflos, gleichgültig ob ein Verbrechen, oder ein Vergehen, oder eine Uebertretung vorliegt. Ist der Begünstiger im Zweifel darüber, ob ein Delikt vorliegt oder nicht, oder ob ein grösseres oder geringeres Delikt verübt wurde, so treten die Grundsätze über den *dolus eventualis* ein. Handelt der Begünstiger in der Meinung ein Verbrechen zu begünstigen, und es liegt nur ein Vergehen vor, so kann er nur als Begünstiger eines Vergehens bestraft werden; glaubt er ein Vergehen zu begünstigen, und es ist eine Uebertretung, so bleibt er straflos, falls das Gesetz die Uebertretung straflos lässt. Der verbrecherische Wille ist nur Voraussetzung der Strafe; die Höhe der Strafe bemisst sich nach der thatsächlichen Rechtsverletzung, zu der er sich verwirklicht hat. Fehlt der verbrecherische Wille, wie in den Fällen wo jemand ein Vergehen zu begünstigen glaubt, und es ist ein Verbrechen, so fehlt die Voraussetzung für Bestrafung auf Grund der thatsächlichen Rechtsverletzung.

g Der Grund aus dem die Strafe der Begünstigung bedeutend geringer sein muss, als die Strafe des Thäters und seiner Theilnehmer, liegt darin, dass die Begünstigung nicht mitwirkt zum Bruch der Rechtsordnung, sondern nur die Heilung des Bruches erschwert. Gegen die speciellen Strafbestimmungen, die das D. Strgb. erlassen hat, ist wenig einzuwenden; um so weniger, da ein absolut richtiges Strafmaass

nicht gefunden werden kann, und es hauptsächlich darauf ankommt, die Begünstigung nach ihren eigenen Grundsätzen, nicht nach denen über die Theilnahme zu bestrafen.

Das Eine würde sich nur empfehlen, im § 257 hinter die Worte „mit Gefängniss zu bestrafen“ einzuschalten: „Die gewinnsüchtige Begünstigung eines Verbrechens kann mit Zuchthaus bestraft werden“. Damit wäre die Möglichkeit gegeben, bei Verbrechen, die an Schwere dem schweren Diebstahl und dem Raube gleichkommen, die Begünstigung gleichmässig zu bestrafen. Nach dieser Aenderung ist die einfache Begünstigung mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder Gefängniss bis zu einem Jahre zu bestrafen, die schwere bei Vergehen mit Gefängniss, bei Verbrechen mit Gefängniss oder Zuchthaus.

Als Strafschärfungsgründe betrachtet das Strgb. mit Recht ausser der gewinnsüchtigen Absicht das gewerbsmässige Treiben der Begünstigung. Es ist hierbei noch einmal daran zu erinnern, dass gewerbsmässige Begünstigung nur da angenommen werden darf, wo die häufige Begünstigung, also das häufige Helfen nach vollendetem Verbrechen, den Haupterwerb des Begünstigers bildet. Die häufig gegebene Zusage, nach vollendetem Verbrechen helfen zu wollen, aus deren späterer Erfüllung der Haupterwerb des Erfüllenden fliesst, ist nicht gewerbsmässige Begünstigung, sondern gewerbsmässige Theilnahme, und gehört in die Lehre von der Theilnahme. In den meisten Fällen des Betreibens gewerbsmässiger Begünstigung wird Realkonkurrenz mit gewerbsmässiger Theilnahme vorliegen; nur da handelt es sich ausschliesslich um gewerbsmässige Begünstigung, wo sie, ohne vorher ausdrücklich zugesagt zu werden, den Haupterwerb bildet; das wird aber selten vorkommen.

Wird die Begünstigung von einem Angehörigen geleistet, so bleibt sie, vorausgesetzt, dass nicht aus eigenem Vortheil gehandelt wird, straflos. Der Begriff der Angehörigen ist aber weiter zu fassen, als es das Strafb. thut. Der Gesetzgeber versteht darunter Verwandte und Verschwägte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflege-Eltern und

Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte. Auch nahe häusliche Verhältnisse wurden vom Sächs. Ges. Art. 72 mit Recht als Strafausschliessungsgrund betrachtet, Geyer, l. c. S. 426 Anm. 3.

Die Begünstigung bei Uebertretungen gänzlich straflos zu lassen, empfiehlt sich wegen der Geringfügigkeit des Delikts.

Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sollte nur bei gewerbsmässiger Begünstigung, und bei sonstiger gewinnsüchtiger Begünstigung nur im Rückfall ausgesprochen werden; der einzelne Fall gewinnsüchtiger Begünstigung kann zur Aberkennung der Ehrenrechte nicht genügen.



150/1000

60



Rethwisch, Ernst

Begünstigung Strafrechtliche Studie

Berlin (1881)

Crim. 220 be

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11584326-5